

THÈSE DE
CAEN.
18
N^o.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE L'INFAMIE

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONTUMACE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue publiquement dans la grande salle de la Faculté

Le vendredi 30 juin 1893, à 4 heures 1/2 du soir.

PAR

FRANÇOIS HOMET

Avocat à la Cour d'Appel d'Angers.

ANGERS

IMPRIMERIE BURDIN ET C^{ie}, RUE GARNIER, 4

1893

JURY D'EXAMEN

MM. LEBRET, *Professeur*, PRÉSIDENT.

LAISNÉ-DESHAYES, *Professeur*.

AMBROISE COLIN, *Agrégé*.

CARRÉ DE MALBERG, *Agrégé*.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE L'INFAMIE

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONTUMACE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue publiquement dans la grande salle de la Faculté

Le vendredi 30 juin 1893, à 4 heures 1/2 du soir.

PAR

FRANÇOIS HOMET

Avocat à la Cour d'Appel d'Angers.

ANGERS

IMPRIMERIE BURDIN ET C^{ie}, RUE GARNIER, 4

1893

A mes Parents. — A mes Sœurs.

A mes amis.

BIBLIOGRAPHIE

DROIT ROMAIN

1. M. Accarias, *Précis de droit romain*. — 2. Berryât-Saint-Prix, *Histoire du droit romain*. — 3. Budacus, *Annotationes priores et posteriores in Pandectas*. — 4. Burchardi, *Grundzüge des Rechtssystems der Römer ; De infamia ex disciplina Romanorum*. — 5. Cujacii opera que de jure fecit. — 6. M. Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*. — 7. M. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*. — 8. Donellus, *Commentarii de jure civili*. — 9. D'Espeisses, *Droit romain expliqué et accommodé au droit français*. — 10. De Ferrière, *Histoire du droit romain*. — 11. Heineccius, *Droit civil romain*. — 12. Hugo Gustave, *Histoire du droit romain*, traduite par Jourdan, revue par Poncelet, 1821. — 13. Macheldy, *Manuel de droit romain*. — 14. Maynz, *Cours de droit romain*. — 15. Marezoll, *Droit privé des Romains*, traduction de M. Pellat. — *Ueber die bürgerliche Ehre*. Giessen, 1824. — 16. Molinæi Caroli opera. — 17. Th. Mommsen, *Histoire romaine ; Manuel des antiquités romaines ; Le droit public romain*, traduit par M. Girard, 1887. — 18. Muhlebruck, *Doctrina Pandectorum*. — 19. M. Ortolan, *Explication historique des Institutes*. — 20. Pothier, *Pandectæ Justinianæ*. — 21. De Savigny, *Traité de droit romain*, traduit par Guenoux, 1855. — 22. Sigonius, *De antiquo jure populi romani*. — 23. Walter, *Histoire du droit criminel chez les Romains*. — 24. Voët, *Commentarius ad Pandectas, Elementa juris secun-*

dum ordinem Institutionum Justiniani. — 25. Willems, *Droit public romain.* Louvain, 1876.

DROIT FRANÇAIS

1. MM. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, n° 84, p. 342 et suiv. — 2. M. Berryat-Saint-Prix, *Cours de droit criminel.* — 3. Bertauld, *Cours de code pénal*, 12^e et 13^e leçons. — 4. M. Blanche, *Études pratiques sur le Code pénal.* — 5. Boitard, *Leçons de droit criminel.* — 6. Bourguignon, *Manuel d'instruction criminelle.* — 7. Carnot, *De l'instruction criminelle.* — 8. Dalloz, *Répertoire général de jurisprudence.* — 9. Demolombe, *Jouissance et privation des droits civils*, t. I, n°s 221 et suiv., *Appendice relatif à la loi du 31 mai 1854 et Successions*, t. I, n° 224. — M. Garraud, *Précis de droit criminel, questions pratiques sur la contumace* (*Revue critique*, année 1878, p. 369). — 11. Géraud, *Dictionnaire de comptabilité, domaines, hypothèques, manutention et procédure*, v° *Contumace.* — 12. Griolet, *De la chose jugée*, passim. — 13. Hanin, *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes.* — Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. VIII — 15. Humbert, *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes.* — 16. Jousse, *Justice criminelle.* — 17. Legraverend, *Législation criminelle.* — 18. Le Sellyer, *Traité de la compétence et de l'organisation des tribunaux chargés de la répression; Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publiques et privées.* — 19. Lucas, *Système pénal et système répressif.* — 20. Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile.* — 21. Merlin, *Réper-*

toire de jurisprudence. — 22. Morin, *Répertoire de droit criminel*, v^o *Contumace*. — 23. Muyart de Vouglans, *Institutes de droit criminel*. — 24. Nouguiet, *La cour d'assises*, t. II. — 25. Nusse, *Étude sur les droits civils des condamnés aux peines du grand criminel*, deuxième partie de l'ouvrage intitulé : *Décisions par contumace*. — 26. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. II. — 27. Sirey, *Recueil des lois et arrêts*. — 28. Pascaud, *Séquestre des biens du contumax* (*Rev. crit.*, 1879, t. VIII, p. 16). — 29. Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, 2^e édition, revue par MM. Laisné-Deshayes et Guillaouard. — 30. M. Villey, *Précis de droit criminel*.

DROIT ROMAIN

DE L'INFAMIE

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

ORIGINES DE L'INFAMIE. — SA NATURE

L'infamie nous est représentée par le jurisconsulte Callistrate comme une atteinte à l'*existimatio*, mais nous n'en possédons aucune définition. Il nous est d'ailleurs impossible à nous-même, à moins de rester dans des termes vagues et généraux, qui ne pourraient nous donner aucune idée précise de l'institution qui nous occupe, d'en trouver une qui soit également vraie pour toutes les époques de la législation romaine. Bien différente, en effet est l'infamie primitive de celle qu'on retrouve sous l'Empire.

Si l'on veut toutefois une formule, à défaut de définition précise, nous croyons que la moins mauvaise est encore celle qui est basée sur l'idée de l'*existimatio* à laquelle, avons-nous dit, l'infamie portait atteinte et qui est définie en ces termes par Callistrate : « *Existimatio*

« est dignitatis inlæsæ status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro, auctoritate legum aut « minuitur, aut consumitur (1). »

Nous voyons par là qu'il serait assez inexact de considérer l'*existimatio* comme correspondant à nos expressions d'« honneur », de « considération ». Mais cette idée ne suffit pas et a même besoin d'une certaine explication. — Marezoll va nous y aider.

« Le droit de cité romaine, dit ce savant romaniste (2), « environnait celui qui y participait d'une certaine dignité « extérieure (*dignitas*), qui avait son origine et son point « d'appui dans l'assurance d'une jouissance complète des « avantages politiques et privés légalement attachés à ce « droit de cité.

« Cette considération personnelle, cet honneur civil « (*existimatio*, *fama*) constituait pour le citoyen romain « une sorte d'état qu'il ne pouvait perdre complètement « qu'avec le droit de cité qui lui servait de base ; c'est ce « qu'on appelait : *consumptio existimationis*. Au contraire, « sans perdre entièrement le droit de cité et la considération qui en était la conséquence, un citoyen pouvait, dans « beaucoup de cas, être déclaré indigne d'une partie des « privilèges honorifiques compris dans le droit de cité : « *minuebatur existimatio*. »

L'*existimatio* était donc l'apanage exclusif du citoyen romain ; il y avait là pour lui comme une sorte de noblesse résultant de la possession du droit de cité. Dès lors celui qui, par suite d'une condamnation ou de toute autre cause, perdait ce droit si important, devait perdre,

1. L. 5. D. De extr. cog., 50. 13.

2. Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des Romains, traduction de M. Pellat.

comme une conséquence nécessaire, son *existimatio*. Dans les cas moins graves, au contraire, qui ne détruisaient pas complètement les avantages attachés au droit de cité, lorsque par exemple les peines n'étaient pas capitales, mais atteignaient seulement la personne morale, l'honneur du condamné, la règle ne pouvait être aussi absolue ; aussi n'y avait-il lieu, comme nous avons pu le remarquer, qu'à une certaine altération de l'honneur civil.

Le fragment de Callistrate déjà cité nous indique ces *minutiones existimationis*. Nous nous bornerons à les mentionner très rapidement pour arriver à la principale qui fera seule l'objet de notre étude.

Les peines portant atteinte à l'*existimatio* étaient, d'après le fragment :

I. — *La relégation*. — Cette peine consistait dans l'internement du condamné dans un lieu déterminé, ordinairement une île, ou dans l'interdiction de séjourner en certain lieu, ville ou province.

Pendant sa durée, le relégué était privé de la jouissance de ses droits de citoyen ; et postérieurement à cette époque, un ordre de l'empereur était nécessaire pour lui rendre les fonctions qu'il avait perdues (1).

II. — *L'exclusion des honneurs publics*. — Cette exclusion pouvait être générale, s'appliquant à tous les honneurs : dans ce cas, elle laissait encore subsister une fonction, bien plus onéreuse, il est vrai, qu'honorifique, celle de décurion (2) ; ou spéciale, s'appliquant à un honneur déterminé, par exemple aux fonctions de sénateur ou d'avocat.

1. L. 43, pr. D. 50. 2.

2. L. 7 § 21. D. 48. 22 ; — L. 2. D. 1. 9.

III. — *La peine de la fustigation.* — *L'ictus fustium* avait pour effet de rendre, pour l'avenir, inhabile à être revêtu de certaines fonctions et dignités, notamment de celle de décurion (1).

IV. — *La condamnation à temps*, in opus publicum.

Enfin l'infamie clôt la liste comme la plus importante de toutes ces *minutiones*.

Nous n'étudierons principalement cette institution qu'à l'époque classique en y rapportant accessoirement les dispositions du droit antérieur et postérieur. Certes, avant cette époque, on trouve bien la trace de déchéances attachées à certains états juridiques, à certains faits déshonorants, mais faute de documents suffisants, on ne connaît que très imparfaitement ces flétrissures. Toutefois avant d'aborder l'étude de l'infamie, telle qu'elle existe au moment de son entier développement, il nous paraît nécessaire de dégager ses origines, de déterminer à quel pouvoir, à quelle autorité elle doit sa création : travail, disons-le de suite, bien difficile, en présence de l'insuffisance des textes et de leur peu de clarté.

Aussi les opinions sont-elles fort partagées. Malgré quelques différences de détail, elles peuvent cependant se ramener à deux principales : l'une fait de l'infamie une création arbitraire du pouvoir législatif ou administratif de Rome, l'autre y voit une institution traditionnelle créée et développée par la coutume.

L'exposition des deux systèmes, a chez tous les auteurs, un point de départ commun : sous la République, le préteur et le censeur ont été amenés, par la nature de leurs fonctions, à s'occuper plus particulièrement des infâmes. Le problème consiste à y faire rentrer l'infamie,

1. L. 12. D. L. 2.

soit comme création de l'un de ces magistrats, soit comme application par eux faite d'une déchéance née de la coutume.

A. — *L'infamie, création du censeur.* — On sait quelles étaient à Rome les attributions des censeurs dont l'établissement remonte à l'an 311. Cicéron dans son traité des *Lois* les a résumées ainsi: « Censores ævitates, soboles, familias pecuniasque censento. Templâ, vias, aquas ærarium, vectigalia tuento. Populi partes in tribus distribuunt; exin pecunias, ævitates, ordines partiunt. Equitum peditumque prolem describunt. Cælibes esse prohibent. Mores populi regunt; probum in senatu ne reliquunt. »

Sans nous attarder à examiner dans leur détail toutes ces attributions, nous ne parlerons que de celle qui était relative au maintien des bonnes mœurs, parce qu'elle rentre seule dans notre sujet.

Les censeurs avaient le droit d'interroger les citoyens sur leur conduite publique et privée (1). Celui qui violait les devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens, ou qui commettait un acte nuisible d'une façon directe ou indirecte à la prospérité morale ou matérielle de la République, était l'objet d'un blâme de la part de ces magistrats. Pour en conserver la trace, une note spéciale (*nota censoria*) était inscrite à la suite du nom de l'intéressé sur les registres du cens, ou, s'il y avait lieu, sur les listes des sénateurs ou des chevaliers.

Les censeurs atteignaient ainsi bien des actes, qui ne pouvaient l'être par le législateur dont le domaine est le droit et non point la morale : le luxe du riche, les mœurs

1. Cuj., *Les institutions juridiques des Romains*, p. 664.

du libertin, la négligence du chevalier, du soldat, du cultivateur, la faiblesse du magistrat qui dans un danger désespérait de la République (1). Les censeurs pouvaient même flétrir de leur note infamante une tribu entière.

Mais là ne se bornait pas leur pouvoir. Quand la faute leur semblait trop grave, ils allaient même jusqu'à exclure le sénateur du sénat, le chevalier de son ordre ; à faire passer un citoyen d'une tribu rustique dans une tribu urbaine, à le repousser même de toutes les tribus, ce qui le réduisait à la condition d'*ærararius*, lui fermait les assemblées du peuple et lui enlevait son droit de suffrage.

Les censeurs avaient donc une grande puissance en ce qui concernait la police des mœurs, et ce pouvoir était d'autant plus redoutable qu'il s'exerçait avec un arbitraire complet. Nous en avons une certaine preuve dans un passage du discours de Cicéron *Pro Cluentio*, qui nous apprend que : les censeurs ne se livraient à aucune instruction en forme, n'entendaient pas de témoins, n'avaient en un mot recours à aucun élément d'information : « nihil se testibus, nihil tabulis, nihil gravi aliquo argumento comperisse, nihil denique cognitâ causâ stâtuisset dicent (2). » Quel motif les déterminait donc le plus souvent ? La rumeur publique, répond Cicéron : « Quid igitur censores secuti sunt, ne ipsi quidem ut gravis dicam, quidquam aliud dicent, præter sermonem atque famam. »

Sans doute le grand orateur, ayant à défendre Cluentius noté par les censeurs, devait, pour les besoins de sa cause, atténuer le crédit attaché à l'*auctoritas*, à l'*ani-*

1. Ortolan, *Explication historique des Institutes*, t. I, p. 146.

2. Ch. XLV.

madversio censoria. Cependant la nature même des critiques dirigées par lui contre l'emploi ou l'abus que les censeurs font de leur autorité les rend à nos yeux vraisemblables.

Un autre caractère de la décision des censeurs, c'est qu'elle n'était jamais irrévocable : elle pouvait être complètement effacée par la volonté de nouveaux censeurs, par une décision judiciaire ou un décret du peuple (1). De plus elle n'avait d'effet que par suite de l'accord entre les deux magistrats ; il arrivait même souvent, d'après Cicéron, que l'un non seulement désapprouvait, mais même annulait le jugement de l'autre : « atque etiam « ipsi inter se censores sua judicia tanti esse arbitrantur, « ut alter alterius non modo reprehendat, sed etiam re- « scindat » (ch. XLIII).

Si donc le pouvoir confié aux censeurs sur l'honneur des citoyens offrait le danger de l'arbitraire et parfois même de l'injustice, il y avait plus d'une voie ouverte pour y remédier.

Les pouvoirs du censeur ainsi exposés, peut-on dire que l'infamie tire son origine soit de la *nota censoria*, soit de la mutation arbitraire d'ordre ou de classe ?

La négative s'impose, croyons-nous ; et cette opinion est celle de presque tous les auteurs. En effet, il est impossible de voir la même institution dans deux mesures, comme la décision du censeur et l'infamie, qui diffèrent essentiellement dans leur durée et leurs effets.

Et d'abord, la *nota censoria*, nous l'avons vu, n'était pas irrévocable : elle pouvait être effacée par le successeur, le propre collègue du censeur. De même n'était

1. Cicéron, *Pro Cluentio*, ch. XLIII.

pas définitive la décision par laquelle le censeur avait fait passer un citoyen dans la classe des *ærarii* et l'avait privé par là du droit de suffrage. L'infamie au contraire était perpétuelle : — « Celui que frappe une condamnation infamante, dit Cicéron, perd définitivement et pour toujours honneurs et dignités » : « *Turpi judicio damnati in perpetuum omni honore ac dignitate privantur* (1). » Les jurisconsultes, de leur côté, nous montrent l'infamie inhérente à perpétuité à la personne qui en a été atteinte, sauf *in integrum restitutio* (2).

Nous verrons en outre que cette dernière déchéance entraînait la perte des droits politiques et d'une partie des droits privés. S'il faut en croire Cicéron (3), la *nota censoria* n'aurait, elle, impliqué qu'une flétrissure morale, n'emportant aucune restriction à la capacité, soit politique, soit civile (4). Quant à l'exclusion en dehors du cens, à l'inscription sur les tables des Cérites, on peut la considérer comme une peine politique extrême, comme une déchéance spéciale, n'ayant rien de commun avec l'infamie.

Ce court aperçu des effets différents de deux institutions nous montre clairement que l'infamie ne peut, en bonne logique, être attribuée au censeur; autrement il faudrait montrer comment d'arbitraire la décision est devenue légale, comment la flétrissure morale s'est changée en déchéance effective, comment d'essentiellement révocable et temporaire elle est devenue perpétuelle. Or cette démonstration est impossible, les textes n'offrant aucune trace d'une pareille évolution.

1. Cicéron, *Pro Cluentio*, ch. XLII.

2. L. 1 § 9 et s. D. 3. 1.

3. *Loc. cit.*

4. Willems, *Droit public*, p. 284.

Aussi ce premier système est-il à peu près complètement abandonné. Celui qui fait de l'infamie une création du préteur compte, au contraire, de nombreux partisans. Il a été particulièrement exposé par un auteur allemand, Marezzoll (1).

Aa. — L'infamie, création du préteur. — La principale fonction du préteur consistait à rendre la justice. On sait la séparation qui existait à Rome entre les fonctions du magistrat et celle du juge : le premier dirigeait l'instance qui s'engageait devant lui, « disait le droit », et au moyen d'une formule précisait au juge les questions que celui-ci avait à trancher. Le juge statuait ensuite sur le fait, mais, le cas échéant, il fallait revenir devant le magistrat pour l'exécution de la sentence. Au reste, les parties n'étaient pas prises au dépourvu sur l'application du droit qui pouvait leur être faite par le préteur : chaque année, à son entrée en charge, ce dernier rendait un édit dans lequel il déterminait les règles suivant lesquelles il rendrait la justice, « ut scirent cives, quod jus de quâque re quisquis dicturus esset, seque præmuniret (2). » Le préteur trouvait ainsi le moyen de corriger ce que le droit civil pouvait avoir de suranné ou de trop rigoureux et de le faire marcher avec les progrès de la civilisation. De même qu'il déclarait ne juger les contestations que si elles se présentaient sous telles formes par lui déterminées dans l'édit, de même il n'admettait les plaideurs à comparaître devant lui que s'ils réunissaient certaines conditions d'âge, de sexe, de capacité physique et de

1. *Ueber die bürgerliche Ehre*. Giessen, 1824.

2. L. 2 § 10. D. 1. 2.

moralité, qu'il portait d'avance à la connaissance de tous les citoyens.

Il avait ainsi interdit l'action en justice à trois catégories de personnes, d'une manière plus ou moins complète :

La première comprenait ceux qu'il déclarait absolument incapables d'agir en justice : c'étaient les sourds, les muets et les mineurs de dix-sept ans ;

La seconde, ceux qui pouvaient postuler pour eux-mêmes et non pour autrui : c'étaient les femmes, les aveugles, et les *turpitudine notabiles*, c'est-à-dire les *capitali crimine damnati*, les *calomniæ publici judicii damnati*, les gladiateurs et enfin ceux qui *corpore suo muliebria passi sunt*.

Enfin la troisième classe se composait de citoyens qui, bien qu'incapables en règle générale de postuler pour autrui, pouvaient cependant représenter leurs parents, leurs alliés et leurs affranchis. C'étaient : 1° ceux auxquels une loi, un plébiscite, un sénatus-consulte, etc., avaient fermé l'accès du prétoire *nisi pro certis personnis* ; 2° *alii omnes qui edicto prætoris ut infames notantur* (Ulpien) (1).

Les auteurs qui soutiennent que la note d'infamie puise son origine dans le droit prétorien traduisent ainsi ce passage d'Ulpien : « dans cette troisième classe rentraient également toutes les personnes que le préteur dans son édit avait déclarées infâmes. » D'après eux, le rédacteur de l'édit aurait ainsi procédé : il aurait d'abord flétri du nom d'infâmes toute une classe de personnes en punition de certains actes honteux ou de la profession dégradante à laquelle elles se livraient, et aurait ensuite

1. L. 1 § 8. D. De postulan to.

déclaré qu'après une pareille flétrissure, ces personnes souillant de leur présence le sanctuaire de la justice n'y pourraient paraître que si leur concours était indispensable, c'est-à-dire si elles avaient à se défendre personnellement. Ainsi, dans ce système, l'infamie est une peine créée par l'édit et ses effets se résument dans l'incapacité de postuler pour autrui.

Cette théorie paraît emprunter quelque vraisemblance à ce fait, que les jurisconsultes qui ont traité de l'infamie paraissent se référer à l'édit du préteur, et qu'ils emploient volontiers dans leur langage l'expression *qui edicto notatur*, comme synonyme du mot *infâme*. De plus, la seule énumération formelle qui existe des infâmes n'est-elle pas celle de l'édit ? Enfin le rapprochement qui existe au Digeste des titres *De postulando* et *De his qui notantur infamia* ne semble-t-il pas démontrer suffisamment que c'est en vue de refuser à certaines personnes indignes le droit de postuler en justice, excepté pour elles-mêmes ou pour quelques autres personnes limitativement déterminées, que le préteur a créé l'infamie.

Malgré ces raisons, le système qui fait de l'infamie une création du préteur soulève contre lui d'assez fortes objections ; nous pouvons même dire qu'il a été complètement réfuté par M. de Savigny (1).

Il aboutit en effet à des conséquences bizarres, à définir par exemple l'infamie « la condition de ceux qui, régulièrement, sont incapables de postuler pour autrui. » Définition inadmissible, à cause de la disproportion qui

1. *Précis de droit romain. — Sujets des rapports de droit*, tome II, p. 186 et suiv.

existe entre le moyen et le but de l'institution qu'elle a pour objet. Puisque l'unique but du préteur était d'éloigner de son tribunal des personnes indignes, il lui suffisait, pour l'atteindre, d'énumérer ces personnes, sans les flétrir du nom d'infâmes. On ne voit pas pour quel motif il aurait eu recours à un mode de sanction aussi peu efficace ni pourquoi il leur aurait imprimé cette qualification honteuse ; car si l'on veut prétendre qu'il infligeait ainsi une peine juridique à l'infamie morale, on répondra que la plupart de ceux qu'il flétrissait, n'étant point obligés de postuler pour autrui, pouvaient, en s'éloignant de son tribunal, éviter de trahir leur infamie (1).

Seconde objection : — L'édit est bien le premier document qui ait fait mention des infâmes, et c'est ce qui explique pourquoi les jurisconsultes renvoient à ce document plutôt qu'à l'ancien droit non écrit. Mais rien ne nous permet d'affirmer que l'infamie a été créée par le préteur. Elle pouvait exister en dehors de l'édit, et si nous donnons à la phrase d'Ulpien la traduction suivante : « le préteur rangea également au nombre des incapables de la troisième catégorie tous ceux qui étaient infâmes », on voit que le jurisconsulte mentionnait par là une classe de personnes que le préteur ne créait pas, qui existait avant lui et qu'il se bornait à frapper d'une incapacité spéciale. Cette traduction, à notre sens, est même la seule plausible, si toutefois nous ne nous attachons pas trop au sens grammatical des mots, car si le préteur avait déclaré dans son édit : « Je défends à certaines personnes de postuler et je les appelle infâmes », le choix de cette qualification n'eût été nullement justi-

1. De Savigny, p. 187.

fié, ainsi que nous avons essayé de le démontrer, par la mesure qui la produisait.

En résumé, le préteur n'a pas inventé l'idée de l'infamie. Les textes des jurisconsultes, qui, en se référant toujours à l'édit, paraissent concluants en faveur de ce système, ne lui attribuent en réalité que la détermination des cas où elle s'encourt ; et on peut dire que si l'édit a pris soin d'énumérer aussi longuement les personnes infâmes, c'est que, s'occupant d'un des cas d'application de l'infamie, il était assez naturel qu'à ce propos il recherchât quand et comment elle était encourue, surtout si ce travail de coordination n'avait pas encore eu lieu.

B. — *L'infamie, institution traditionnelle.* — Aucun argument décisif n'établit donc que l'infamie ait été instituée, soit par le censeur, soit par le préteur.

Aussi se trouve-t-on tout naturellement amené à lui prêter une autre origine, à y voir une institution créée par l'usage, le droit coutumier, mais dont les applications seraient cependant réglées par la loi positive.

C'est notamment l'opinion de M. de Savigny.

D'après le savant romaniste, l'infamie aurait sa source dans des traditions non douteuses (*moribus*) et n'entraînerait comme conséquence immédiate que la perte seule de la capacité politique : perte des droits civiques, des *honores* et du *suffragium*. De plus, le censeur aurait été le premier magistrat chargé de l'appliquer. En un mot, l'infâme aurait été en quelque sorte frappé d'une *capitis deminutio media*, *deminutio* laissant toutefois intacts les droits de cité se rattachant au droit privé.

Burchardi va plus loin (1) et déclare l'infâme même

1. *Grundzüge des Rechtssystems der Römer*, p. 272.

privé du *connubium*, du *commercium* et de la *testamenti factio*, droits qui en tant que droit de cité font partie du *jus publicum*, d'après Burchardi, bien que leurs effets concernent avant tout la condition privée des individus.

Ce système, de son côté, n'a pas échappé aux objections.

D'abord en ce qui concerne le *jus suffragii*, nous verrons, en traitant de l'influence de l'infamie, qu'il n'est pas très certain que l'infâme ait été privé de ce droit.

Autre objection plus grave : — Sans doute le censeur peut avoir eu à constater des changements de capacité résultant des condamnations capitales, prononcer même des déchéances effectives, ainsi que nous l'apprennent Cicéron et Valère-Maxime(1) ; mais pas un seul texte n'emploie pour désigner l'une quelconque de ces déchéances le mot d'*infamia*. Comment comprendre qu'une institution juridique dont l'effet principal consiste dans l'incapacité politique ne soit pas nommée par les auteurs. Bien plus, ceux-ci se servent généralement du mot *ignominia* pour qualifier les déchéances créées et prononcées par les censeurs. C'est donc que ces déchéances ne constituèrent pas l'infamie.

Tous les systèmes que nous venons d'examiner ont donc donné une prise plus ou moins grande à la critique, et il ne faut guère s'en étonner, vu le peu de renseignements précis que nous possédons sur la question des origines de l'infamie ; il est incontestable cependant que chacun d'eux renferme une grande part de vérité. S'il nous était permis d'avoir une opinion, nous dirions que leur tort commun a été de n'envisager l'infamie que sous une seule de ses faces, et de donner une démonstra-

1. Cicéron, *Pro Cluentio*, XLII-XLVII ; — Val. Max., II, 4 § 4.

tion unique de deux faits qui demanderaient à être prouvés séparément : 1° l'origine ; 2° la nature de l'infamie.

Néanmoins nous devons ajouter que le système de M. de Savigny possède nos préférences, du moins en tant qu'il donne à notre institution une origine coutumière. Nous le suivrons donc sur ce point ; mais nous nous en séparerons sur la question de savoir quel est le véritable sens que l'on doit prêter à l'infamie. Sur cette dernière question, disons de suite que les systèmes nous paraissent plutôt différents qu'opposés et qu'il est même possible de les concilier dans une certaine mesure.

(a) *Origine coutumière de l'infamie.* — (b) *Son application par le prêteur et le censeur.* — L'infamie est donc, à notre sens, une institution traditionnelle. A l'appui de cette opinion, on peut invoquer un argument tiré à la fois de la philosophie et de l'histoire.

Dans toute société, l'opinion publique exerce un contrôle puissant sur les actes de chacun des membres du corps social : à ceux qui se recommandent par l'intégrité de leur vie, elle accorde volontiers son estime ; à d'autres, au contraire, qui n'ont pas su conserver leur honneur, elle retire toute considération. Dès lors, rien de plus naturel pour le législateur que d'utiliser cette force morale de l'opinion, de s'en servir comme d'un moyen de répression, de consacrer les déchéances qu'elle prononce, de la régler et de la discipliner au besoin, mais sans oublier qu'il manquerait son but en ne se rencontrant pas avec elle, en la heurtant arbitrairement.

A Rome notamment, l'opinion publique jouit d'un pouvoir extraordinaire : « multitudinem est illicitum contradicere », nous dit Cicéron. Chargeait-elle de déshonneur les mauvais citoyens, ses arrêts s'imposaient

avec une force que nous ne connaissons plus, et les magistrats se trouvaient souvent obligés de lui donner une sanction efficace. Cicéron défendant Cluentius nous l'apprend : Cluentius a été noté, sa conduite était donc bien indigne ? Nullement : « neque enim hoc homine sanctor, « neque probior, neque in omnibus officiis retinendis diligentior esse quisquam potest (1). » Pourquoi donc les censeurs ont-ils sévi ? Qu'est-ce qui a formé leur conviction ? L'*opinion du peuple*, répond le défenseur de Cluentius. S'il fallait en croire Cicéron, son client n'aurait donc pas mérité l'opprobre, dont l'avait couvert l'opinion publique, mais il est facile de voir, dans cette peinture de l'innocence incomparable de Cluentius, l'exagération oratoire et les artifices de la cause. Aussi ne devons-nous retenir que ce fait : la force de l'opinion, de ce que le grand orateur romain appelle *ventus popularis*, laquelle, quoi qu'il en dise, n'est pas toujours aveugle, mais sait le plus souvent discerner le bon du mauvais citoyen.

Au reste, que l'opinion publique ait prononcé des déchéances à Rome, et que ces dernières aient été souvent obligatoires pour les magistrats chargés d'appliquer la loi, il n'y a là rien qui doive étonner chez un peuple possédant à un haut degré le sentiment de l'honneur. La définition de l'*existimatio* par Callistrate : « dignitas tatis inlæsæ status legibus ac moribus comprobatus » ne nous montre-t-elle pas en effet l'importance que les mœurs ajoutaient à Rome à une réputation sans tache ?

Bien plus, plaçons-nous aux premiers siècles de l'histoire romaine, avant que ni la censure, ni la préture ne fussent détachées du consulat. Plus que partout ailleurs,

1. Cicéron, *Pro Cluentio*, loc. cit.

l'opinion publique prononçait déjà ses arrêts, ses flétrissures. Les criminels auxquels on faisait grâce de la vie, les gens de mœurs équivoques étaient l'objet de la réprobation générale. N'était-il pas naturel qu'*en fait* les honneurs ne fussent point ouverts à de pareilles gens, que le peuple qui nommait aux dignités leur refusât ses suffrages, et cela à perpétuité ? Que cette déchéance de fait, avec le temps, se soit transformée en coutume, en déchéance *de droit*, il n'est pas besoin pour cela d'imaginer l'intervention d'un magistrat quelconque.

Puis le préteur et le censeur furent créés. Ces magistrats étaient élus par le peuple, possédaient, par conséquent, l'estime et la confiance populaires. Pour en être toujours certains, ils devaient bien évidemment, consulter, avant tout, l'opinion publique, et c'est ce qu'ils ne manquaient de faire, ainsi que nous le montre le *Pro Cluentio*. Dans ces conditions, un individu était-il l'objet de la déconsidération générale ? le préteur rédigeant la liste des *judices*, qu'il devait choisir parmi les *honesti viri*, ne devait pas certainement l'inscrire. Présidant les comices, chargé de rendre la justice, ce dernier magistrat devait, de même, écarter, le plus souvent, du scrutin les *ærarîi* qui se présenteraient pour voter, et éloigner de son tribunal ceux qu'il croyait indignes d'y figurer. Quant au censeur, chargé de dresser les listes de recensement, ces listes de l'état civil et de la moralité des Romains, si on peut ainsi s'exprimer, nous avons vu que son devoir était d'enregistrer sur ses tables du cens les déchéances encourues par chaque citoyen, et son droit de noter ceux qui lui paraissaient peu recommandables (*nota censoria*); enfin, lorsque la faute lui semblait trop grave, n'allait-il pas jusqu'à exclure un sénateur du sénat, un chevalier de son ordre et même

jusqu'à enlever le *jus suffragii* par l'*in ærarios re-latio* ?

Toutes ces déchéances, nées de l'opinion publique et appliquées par les magistrats, devaient tendre de plus en plus, avec le temps, à atteindre les mêmes personnes indignes. Et c'est ce qui arriva, croyons-nous. Il se forma une espèce de droit coutumier, non écrit, résidant dans la conscience populaire et notant d'une infamie *de fait* certains individus ayant forfait à l'honneur. Ces déchéances étant arbitraires, le magistrat pouvait, parfois, ne pas les appliquer et même, dans sa haine ou sa partialité, aller jusqu'à frapper un innocent. Aussi, vint un moment où il fallut, afin de sortir de l'incertitude, ou supprimer ces déchéances, ou fixer limitativement leurs causes et leurs effets, ou abolir l'infamie, ou de l'infamie *de fait* faire une infamie *de droit*. Le préteur suivit ce second parti. En dressant, dans son édit, la liste des personnes considérées jusque-là comme infâmes, il ne fit que consacrer les faits accomplis et arrêta ainsi la nomenclature de ceux qui seraient à l'avenir *légalement* déclarés notés d'infamie. Quant à certaines autres personnes qui n'y figuraient pas, bien qu'elles eussent commis des actes déshonorants, elles pouvaient bien être méprisées par leurs concitoyens, se trouver dans une situation envisagée défavorablement par l'opinion publique, mais elles n'étaient pas, à proprement parler, des infâmes. Elles pouvaient même subir certaines déchéances, comme nous le verrons, et, à ce point de vue, être en état d'infamie de fait, mais l'infamie véritable avait, dès lors, ses règles fixes auxquelles on ne pouvait plus déroger par la coutume.

Ceci dit, il est fort probable que, dès l'origine, les effets les plus importants de l'infamie furent ceux qui

tenaient à la capacité politique. Qu'était, en effet, la privation du droit d'ester en justice, à côté de l'incapacité politique, qui suivait le *famosus* pendant toute sa vie ? Bien peu de choses souvent, car, sous la République particulièrement, le *jus suffragii* fut d'un fréquent usage. Mais, plus tard, quand le peuple eut abdiqué toute souveraineté entre les mains d'un empereur, l'incapacité judiciaire, reléguée d'abord au second plan, finit par devenir l'effet le plus important de l'infamie.

Quoi qu'il en soit, l'une et l'autre incapacité étaient, certainement, connues longtemps avant l'époque du droit classique. Pour les déchéances politiques, nous en avons la preuve dans le *Pro Cluentio* ; pour les secondes, s'il faut en croire le témoignage de Valère-Maxime (1), le préteur aurait commencé, dès l'an 680 de Rome, à écarter les infâmes de son tribunal.

En résumé, l'idée définitive et unique d'infamie ne s'est constituée que très tard, et s'est formée de deux branches distinctes de déchéances, les unes politiques, prononcées par le censeur, les autres judiciaires, prononcées par le préteur. Mais arrivée à une époque qu'on peut placer au dernier siècle de la République, notre institution est désormais homogène, et présente les effets suivants :

1^o Elle entraîne la perte de la capacité politique, c'est-à-dire du *jus honorum* et probablement du *jus suffragii* ;

2^o Elle fait perdre à ceux qu'elle a atteints la capacité de postuler en justice pour autrui, sauf une restriction en faveur de certaines personnes : parents, alliés, affranchis ;

1. Val. Max., VII, 7, 7.

3° Pour l'encourir, une condamnation n'est pas absolument nécessaire. Les cas énumérés d'infamie sont de deux espèces : les uns impliquent une décision judiciaire d'où résulte l'infamie ; les autres répondent à un fait extrajudiciaire, que l'on suppose immédiatement connu ou de notoriété ;

4° La note d'infamie est perpétuelle.

Ajoutons qu'un peu plus tard, au moment où l'infamie légale est complètement organisée, nous devons distinguer cette dernière, dont les causes et les effets sont alors législativement déterminés, d'une autre espèce d'infamie, que les jurisconsultes appellent *infamia facti*, terme collectif embrassant diverses situations plus ou moins caractérisées.

Enfin nous verrons les empereurs créer de nouvelles incapacités, en étendant les effets de l'infamie dans le domaine du droit civil.

Ces différents points étant bien précisés, nous étudierons maintenant notre institution, telle qu'elle nous apparaît à l'époque de son entier développement, et nous diviserons notre étude en quatre chapitres. Le premier sera consacré aux causes d'infamie qui résultent d'une condamnation ; le second à celles qui naissent à la suite d'un simple fait ; le troisième traitera des effets de l'infamie ; le quatrième et dernier, de ses modes d'extinction. Enfin dans un Appendice nous dirons un mot de l'*infamia facti*.

CHAPITRE PREMIER

Des cas dans lesquels l'infamie résulte d'une condamnation.

Les auteurs classent généralement les causes de l'infamie sous deux titres distincts : ou bien l'infamie est la conséquence d'une condamnation judiciaire, ou bien elle résulte d'un fait, ou d'une série de faits, par exemple de l'exercice d'une profession. Cette division tire son principe des textes eux mêmes. Nous voyons, en effet, le préteur dans son édit attacher l'infamie soit à un fait, soit à une condamnation : « notatus qui fecerit ; notatus qui damnatus erit (1). » De même, Ulpien parlant d'une femme surprise en flagrant délit d'adultère, nous dit : « Damната autem idcirco notetur quia iudicio publico « damnata : at si deprehensa quidem sit, damnata autem « non sit, notata erit (2). » Ainsi, dans un cas, cette femme est notée parce qu'elle a été l'objet d'une condamnation, et dans l'autre, elle l'est encore, parce que le seul fait du flagrant délit suffit pour lui imposer la même ignominie.

Donc deux classes d'infâmes :

1° Ceux qui deviennent infâmes à la suite d'un jugement ;

1. L. 1. D. 3. 2.

2. L. 43 § 12. *De ritu nuptiarum.*

2° Ceux qui sont notés *ipso jure*.

Dans le premier cas l'infamie est dite *mediata*, dans le second *immediata*. Quoique cette division ne résulte pas juridiquement des textes — l'édit en particulier comprend pêle-mêle des cas d'infamie médiata ou immédiate — et ne soit que l'œuvre des commentateurs, nous l'emploierons cependant pour plus de clarté dans nos explications. Qu'il nous suffise seulement de remarquer qu'elle existe plus dans les mots que dans les choses.

Les sources de l'*infamia mediata* sont assez multiples. L'infamie est en effet la conséquence des *judicia publica*, de certains délits extraordinaires, de quelques délits privés, et enfin de la violation de certains contrats et quasi-contrats. Mais le caractère commun de ces différentes causes productrices de l'infamie, c'est que jamais elle n'est encourue en vertu du crime lui-même. Il faut que le crime soit suivi d'une condamnation. Tant que cette dernière n'a pas été prononcée, alors même que la culpabilité est évidente, il n'y a pas note d'infamie.

SECTION PREMIÈRE

CONDAMNATION A LA SUITE D'UN « CRIMEN PUBLICUM »

Avant d'examiner dans ses détails cette cause d'infamie, il importe de jeter un coup d'œil sur les différences qui séparaient les *judicia publica* des *judicia extraordinaria*, mais, pour bien saisir cette distinction, il est absolument nécessaire de rappeler brièvement l'évolution que subit à Rome la procédure criminelle.

À l'origine, le droit de punir était, à Rome, un des prin-

cipaux attributs de la puissance royale. Les rois tombés, les consuls héritèrent de leur puissance répressive. Au lieu d'un maître, les Romains en eurent deux, avec un pouvoir sans bornes et sans contrôle : « les procédés des consuls étaient des actions violentes plutôt que des jugements », nous dit Montesquieu (1). Un tel pouvoir ne devait point durer : les Romains n'auraient pas renversé les rois pour se donner de nouveaux maîtres. Dès la deuxième année du consulat, une loi de Valérius Publicola, qui fut confirmée par la loi des XII Tables, vint leur enlever en partie la juridiction criminelle en leur interdisant de frapper un citoyen romain d'une peine capitale sans la volonté du peuple : « *Lege lata factum est... ne possent in caput civis romani animadvertere injussu populi* (2). » Telle fut l'origine des *judicia publica*. Le peuple put dès lors connaître des crimes qui pouvaient entraîner la mort, l'esclavage ou la perte du droit de cité. Bientôt même les *judicia publica* ne tardèrent pas à être appliqués à d'autres cas, mais nous devons remarquer que le peuple ne s'empara jamais complètement de la juridiction criminelle. Le sénat, en effet, avait de son côté un rôle dans la distribution de la justice. C'est ainsi qu'il jugeait certains délits, surtout ceux qui se rapportaient à la haute administration. De même, toute juridiction pénale n'était pas enlevée aux magistrats. Si le sénat ou les comices pouvaient suffire, toutes les fois qu'il s'agissait d'un crime important, leur décision eût entraîné trop de lenteur pour les délits de peu de gravité, mais dont la justice exigeait néanmoins la répression. Dans ce dernier cas, les consuls, les pré-

1. *Esprit des lois*, livre XI, chap. XVIII.

2. L. 2 § 16. D. *De origine juris*.

teurs, les magistrats qui avaient l'*imperium* restaient investis du droit de punir. Il y avait donc alors deux catégories de jugements criminels : ceux qui rentraient dans la compétence exclusive du peuple réuni dans ses comices : c'étaient les *judicia publica*; et ceux dont la connaissance appartenait aux autres pouvoirs judiciaires, et que l'on appelait *judicia extraordinaria*.

Lorsqu'une condamnation avait été prononcée par le peuple, elle devait nécessairement éveiller une idée d'opprobre, de déshonneur. Aussi les censeurs frappaient-ils de l'ignominie celui qui avait subi un *judicium publicum*, et les préteurs lui refusaient le droit d'ester en justice (1).

En déférant au peuple le droit de connaître des affaires criminelles, la loi Valéria avait indirectement donné naissance à une institution qui joua un rôle considérable pendant toute la durée de la période républicaine. Dès l'époque où cette loi fut rendue, la population romaine s'était considérablement accrue.

Indépendamment des Romains d'origine, Rome s'était grossie de plusieurs petites nations que les vainqueurs avaient admises à la participation du droit de cité. La population s'augmentant, le nombre des crimes devint aussi, par une conséquence nécessaire, plus considérable; et la multiplicité des procès criminels s'accrut à ce point qu'à un certain moment les comices, qui avaient par ailleurs à délibérer sur tant de questions, durent parfois renoncer à les juger eux-mêmes. Le peuple rendait alors une loi qui investissait par délégation soit le sénat soit les consuls du droit de procéder à l'information judiciaire et de prononcer la condamnation, si l'ac-

1. Cicéron, *Pro Cluentio*, XLII.

cusé était reconnu coupable. Mais le sénat et les consuls eux-mêmes, à raison de l'importance et de la diversité des fonctions dont ils étaient revêtus, ne pouvaient se consacrer entièrement à l'administration de la justice, sans que leurs attributions principales n'eussent à en souffrir. On en vint alors à ce dernier parti : on créa des magistrats auxquels on délégua d'une manière spéciale la connaissance des affaires criminelles qui étaient portées devant l'assemblée. Ces délégués du peuple reçurent le nom de *quæstores parricidii*.

Du nom donné à ces magistrats instructeurs fut tiré celui de la procédure à la direction de laquelle ils étaient préposés et l'on appela *quæstiones* les juridictions auxquelles la répression des crimes fut ainsi attribuée. Chacune de ces diverses *quæstiones* se trouvait établie avec ses règles propres et particulières. La loi qui l'instituait, en désignant celui qui devait remplir les fonctions de *quæstor*, réglait la procédure à suivre pour l'instruction du procès, déterminait la peine qu'il y aurait lieu d'appliquer en cas de culpabilité : cette peine, cette procédure pouvaient donc varier suivant les crimes.

Tel fut, dans le principe, le caractère de ces commissions. Mais, par la force des choses, ce caractère vint à changer. Il y avait, en effet, certains crimes, tels que l'homicide, le faux, qui se répétaient si fréquemment que le peuple était en quelque sorte journellement appelé à faire des délégations pour le jugement de ces infractions ; et l'on comprend qu'en fin de compte, à force de se répéter, chaque *quæstio* devait à peu près toujours établir pour le même crime la même procédure. Aussi en arriva-t-on, au bout d'un certain temps, à rendre ces délégations permanentes et ainsi se trouvèrent constituées les *quæstiones perpetuæ*.

Dès lors chaque crime eut sa procédure et sa pénalité particulières, rigoureusement déterminées par une loi. Les cas dans lesquels la connaissance d'une affaire était encore portée devant les comices devinrent de plus en plus rares, et finirent par disparaître complètement. On peut donc dire, qu'à ce moment, il n'y avait plus de *judicia publica*, puisqu'il n'y avait plus de sentences rendues directement par le peuple. Cependant comme les *quæstiones perpetuæ* avaient reçu leur autorité par une délégation populaire, on conserva à leurs décisions le nom et tous les anciens effets des *judicia publica*. C'est ainsi que le coupable condamné par une de ces *quæstiones*, étant réputé condamné par le peuple lui-même, continua à encourir l'infamie, dans les cas où cette peine pouvait recevoir son application, c'est-à-dire lorsque la peine principale n'était pas capitale. Quant à tous les jugements qui émanaient des autres autorités judiciaires, eux aussi conservèrent leur nom de *judicia extraordinaria*; mais, à la différence des premiers, ils ne pouvaient entraîner l'infamie, la peine n'étant pas ici considérée comme infligée par le peuple (1) : « Infamem « non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo quod « publici judicii causam habuit; itaque ex eo crimine, « quod publici judicii non fuit, damnatum infamia non « sequetur » (Macer).

Les *quæstiones* avaient leur inconvénient. Le juge, obligé, à cause du formalisme qui caractérisait la procédure romaine, de se renfermer strictement dans les termes de la loi, devait accorder l'impunité à tous les faits qui ne revêtaient pas les caractères de ceux prévus par chaque *quæstio*; aussi des sénatus-consultes et plus

1. L. 7. D. 48. 1.

tard des constitutions impériales ne tardèrent pas à édicter pour ces faits des peines qui devaient être prononcées *extra ordinem*, parce que les délits qu'elles visaient n'étaient pas punis par les lois rendues par le peuple. La connaissance de ces affaires fut alors confiée à des magistrats spéciaux, à qui le sénat et l'empereur, en vertu de leur souveraineté, déléguaient un certain pouvoir répressif. Ces derniers en vinrent même peu à peu à accaparer la justice criminelle. Le peuple ayant, en effet, perdu presque entièrement le sentiment de sa souveraineté, les fonctions de jurés de la procédure par *quæstio* durent promptement paraître pénibles à des citoyens indifférents et égoïstes, qui avaient en fait, sinon en droit, abdiqué tout pouvoir. Aussi s'habitua-t-on aisément à voir retirer aux *quæstiones* les causes dont elles avaient été chargées jusque-là. La procédure *extra ordinem* se substitua ainsi peu à peu à celle des *judicia publica*. Elle finit même par l'absorber complètement; et Justinien ne fait que constater un état de choses depuis longtemps existant, lorsqu'il nous dit qu'à son époque, toutes les procédures sont extraordinaires : « *quoties extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia jura* (1). »

Malgré tout, le nom de *judicia publica* fut réservé à la procédure, qui avait depuis la création des *quæstiones perpetuæ* porté ce nom, c'est-à-dire aux « *judicia quæ ex legibus judiciorum publicorum veniunt, ut Julia majestatis, Julia de adulteriis...*, etc., » bien que les *quæstiones* eussent disparu elles-mêmes à l'époque de Septime-Sévère, car la *lex judiciorum publicorum* liait les nouveaux magistrats, comme elle avait lié autrefois les

1. Inst. IV. *De interdictis*, § 8.

commissions permanentes; et on continua d'opposer les *delicta extraordinaria* aux *delicta publica*, c'est-à-dire à ceux qui étaient prévus par une loi et punis d'une peine légitime. De plus, bien que, dans le nouvel état de choses, il était impossible de considérer le jugement de condamnation comme émanant du peuple ou de ses délégués, on conserva néanmoins aux *judicia publica* leur caractère infamant. En un mot, tandis que celui qui avait commis un *delictum extraordinarium* n'encourait l'infamie que dans quelques cas exceptionnels, celle-ci était au contraire la conséquence de tous les *judicia publica*, sauf de ceux qui, comme nous l'avons dit, entraînaient une peine capitale. En effet, dans ce cas, l'*existimatio* n'était pas seulement diminuée, elle était détruite. La note d'infamie n'avait alors d'objet que si, par une cause quelconque, par exemple une réhabilitation qui n'aurait pas porté sur l'affaire elle-même, le condamné ne subissait pas la peine capitale qui lui avait été infligée (1).

Nous n'avons donc à nous occuper ici ni du parricide, ni de l'homicide, ni de l'empoisonnement, ni de la magie, ni du viol, ni de l'enlèvement, ni du sacrilège, contre lesquels était édictée la peine de mort ou tout au moins l'exil, la déportation, ou la condamnation aux mines. Il ne saurait non plus être question des crimes de lèse-majesté et de haute trahison, de l'inceste, du crime de violence publique et du faux lui-même, crimes toujours punis de peines capitales.

Ces principes étant bien établis, la distinction entre les *judicia publica* et les *judicia extraordinaria* étant précisée autant qu'il nous a été possible de le faire, il ne nous

1. L. 1 § 6 et 9 D. *De proc.*

reste plus qu'à passer en revue les délits publics susceptibles d'entraîner l'infamie. Ces délits étaient les suivants : 1° la violence privée ; 2° la brigue (*ambitus*) ; 3° la spéculation sur les vivres (*annonæ*) ; 4° le *crimen de residuis* ; 5° le *plagium* ; 6° le *crimen repetundarum* ; 7° l'adultère et le *stuprum*. Mentionnons aussi l'accusation publique en vertu de la loi *Plætoria*.

I. — *Violence privée*. — La violence privée était celle qui était exercée par un particulier et contre un intérêt privé.

La peine de ce délit d'après la loi *Julia de vi privata* consistait dans la confiscation du tiers du patrimoine, et la note d'infamie était la conséquence du jugement. La violence publique était au contraire punie de la déportation : « Item lex Julia de vi publicâ seu privatâ ad-
« versis eos exoritur, qui vim vel armatam vel sine
« armis commiserint : sed si quidem armata vis arguatur,
« deportatio ei ex lege Julia de vi publicâ irrogatur : si
« vero sine armis, in tertia partem bonorum publicatio
« imponitur » (Inst. IV. 18 § 8).

S'il fallait en croire les Institutes, ce qui distinguerait l'une de ces violences de l'autre serait que l'attentat aurait été commis avec ou sans armes. Mais il semble bien difficile d'admettre cette opinion sans réserve, en présence de plusieurs textes du Digeste. Ulpien nous dit en effet qu'il y avait lieu d'appliquer la loi *Julia de vi publica* contre le magistrat qui ayant entre les mains le pouvoir découlant de l'*imperium*, avait ordonné d'infliger à un citoyen un châtiment corporel malgré l'appel formé par lui (*adversus provocationem*) (1). Le même

1. L. 7. D. 48. 6.

jurisconsulte nous apprend encore que le magistrat qui avait outrepassé ses pouvoirs, que toute personne qui, par dol, avait arrêté le cours de sa justice, ou en avait contraint une autre à lui promettre de l'argent, se rendrait coupable du crime de violence publique (1). Enfin Marcien nous enseigne que l'on ne pouvait, sans tomber sous le coup de la loi *Julia de vi publica*, lier un accusé ou employer la force pour l'empêcher de se rendre à Rome.

D'après les passages que nous venons de rappeler, il semble donc que la distinction faite par les Institutes n'est pas tout à fait exacte. Aussi, peut-être est-il préférable, d'en adopter une autre, en décidant qu'il y a *vis privata* lorsque la violence est exercée par un particulier et qu'elle blesse un intérêt privé, tandis qu'il n'y a *vis publica* que lorsqu'un magistrat commet une violence dans l'exercice de ses fonctions, ou que la violence porte atteinte à l'intérêt public.

II. — *Brigue de fonctions publiques*. — Nous avons eu occasion de montrer la force de l'opinion publique à Rome. Souveraine au forum, elle était courtisée par tous les ambitieux, et si grande devint l'ardeur pour capter la faveur populaire, qu'une loi, *lex Julia de ambitu*, parut nécessaire pour refréner les brigues. Cette loi punissait d'une amende de cent pièces d'or et notait d'infamie (2) le citoyen convaincu d'avoir cherché à se faire nommer aux fonctions publiques par l'achat ou la corruption des suffrages. Elle perdit son intérêt avec l'Empire, c'est-à-

1. L. 10. D. 48. 6.

2. L. 8. D. eod tit.

3. L. 1 § 1. D. 48. 14.

dire lorsque les fonctions ne furent plus électives. Dès lors le délit ne pouvait guère plus se commettre que dans les municipes ou dans des cas exceptionnels où certaines fonctions avaient été maintenues à l'élection : c'est ainsi que le peuple conservait toujours la désignation des évêques et des ministres du culte.

III. — *Spéculation sur les vivres*. — Le fait de spéculer sur les vivres pour en faire hausser le prix tombait sous les coups de la loi *Julia de annonâ*. La peine consistait en une amende de vingt pièces d'or et entraînait l'infamie (1).

IV. — *Crimen de residuis*. — C'était le fait d'un comptable de détourner pour son usage des deniers publics, qu'il était chargé de percevoir, et qu'il n'avait pas encore consommés. Le coupable était soumis à la loi *Julia residuorum*, qui l'obligeait à payer un tiers en sus de la somme dont il était le débiteur. Lorsque les deniers avaient été consommés, il y avait péculat, crime entraînant d'abord une peine pécuniaire du quadruple, et dès le temps d'Ulpien la déportation.

V. — *Plagium*. — L'acte de vendre, acheter, recéler, mettre ou tenir dans les fers sciemment et de mauvaise foi soit un citoyen, soit l'esclave d'autrui (2), constituait le crime de *plagium*. La peine portée par la loi *Fabia* contre les plagiaires n'était d'abord que pécuniaire ; mais, à une époque que l'on ne saurait préciser, cette amende fut remplacée par une peine laissée à l'appréciation du magistrat (3).

1. L. 2. D. 48. 12.

2. Ll. 1 et s. D. 48. 15. *De lege Fabia de plagiariis*.

3. L. 7. D. eod. tit.

Paul nous apprend que cette dernière peine consistait le plus souvent dans les mines ou dans le supplice de la croix pour les *humiliores*, la confiscation et la relégation partielle pour les *honestiores* (1). Telle est aussi probablement la distinction à laquelle se réfère Justinien (2), quoiqu'il ait conservé dans son Code plusieurs constitutions de ses prédécesseurs qui infligent la peine de mort sans distinction (3).

VI. — *Crimen repetundarum*. — C'était le fait pour un fonctionnaire de vendre ses faveurs. Ce crime était prévu par la loi *Julia repetundarum*, portée sous Jules César, loi qui ne visait pas seulement le fonctionnaire, mais encore tout citoyen qui avait exigé de l'argent pour venir déposer en justice, ou pour garder le silence sur ce qu'il savait (4). Le crime de concussion et de vénalité, d'abord puni de mort par la loi des XII Tables, n'entraînait plus au temps de Paul que la relégation et l'exil (5). Dans ce dernier cas, l'infamie devait être la conséquence nécessaire de la condamnation. Mais dans le dernier état du droit, le fait de concussion donnait lieu à une poursuite *extra ordinem*, et on prononçait, suivant la gravité des cas, l'exil, la déportation, quelquefois même la peine de mort (6).

VII. — *Adultère et Stuprum*. — Aux premiers temps de l'histoire romaine, l'adultère était presque sans exemple. Aussi avait-il paru inutile de porter une peine

1. Paul. Sent. V. 30 § 1.

2. Inst. IV. 18 § 10.

3. Diocl. et Max. LL. 7 et 16. Code. 9. 20.

4. L. 1 et s. D. 48. 11.

5. Sent. V. 18.

6. L. 7. § 3. D. eod. tit.

contre un fait que la flétrissure de l'opinion suffisait à prévenir. Mais lorsque Rome eut perdu sa simplicité primitive, lorsque les conquêtes et la richesse y eurent développé la corruption, le législateur dut intervenir pour arrêter les progrès de la démoralisation, de jour en jour plus rapides. C'est sous l'empire de cette nécessité que fut rendue la loi *Julia de adulteriis*. Cette loi traitait à la fois de l'adultère et du *stuprum*.

Il y avait adultère, lorsque la faute avait été commise avec une femme mariée ; *stuprum*, si c'était avec une veuve, vivant honnêtement (*honeste viventem*), en ce sens que ses mœurs ne l'avaient pas avilie jusqu'à la rendre indigne du titre de *mater-familias* (1), ou avec une jeune fille de mœurs honorables.

L'adultère de la femme seul pouvait être déféré *in judicio publico* ; celui du mari échappait à cette règle et n'était puni que de peines pécuniaires (2).

Les peines prononcées contre la femme adultère et son complice consistaient dans la relégation, accompagnée d'un châtiment corporel, si les coupables étaient de basse origine, ou seulement dans la confiscation de la moitié des biens, s'ils appartenaient à une classe élevée (3). Mais dans tous les cas l'infamie était encourue. Sur ce dernier point, il y avait une différence assez importante entre la femme et son complice : tandis que celui-ci ne devenait infâme qu'après la condamnation, la femme au contraire le devenait *ipso facto, quasi judicio publico damnata*, lorsqu'elle était surprise en flagrant délit (4). Dans ce cas, si, le fait de l'adultère étant

1. LL. 8 et 10. D. 48. 5.

2. Ulp. VI § 12 et 13 ; — L. 1. Code. *Ad legem Jul. de adult.*

3. Paul. Sent. II. 26 § 4.

4. L. 43 § 12. D. *De ritu nuptiarum*.

constant, la femme obtenait pour quelque motif une sentence d'absolution, l'infamie encourue persistait néanmoins : « factum lex, non sententiam notat. »

Sous la période du Bas-Empire, la dissolution des mœurs en était arrivée à un tel point, que les pénalités édictées par la loi *Julia de adulteriis* furent reconnues insuffisantes. Constantin frappa l'adultère de la peine de mort : « sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet (1). » L'infamie n'eut plus dès lors sa raison d'être, jusqu'à la fameuse authentique *Sed hodie* qui, pour la femme, substitua à la peine de mort la fustigation et l'emprisonnement dans un monastère. Le mari toutefois conservait la liberté de reprendre sa femme, mais au plus tard dans un délai de deux ans (2).

Les peines du *stuprum* étaient les mêmes que celles de l'adultère. Commis avec violence, le *stuprum* était puni de mort. Le coupable pouvait au reste éviter la condamnation et par suite l'infamie, en épousant la personne séduite (3).

La loi *Julia de adulteriis* punissait également le crime contre nature pour lequel les pénalités ont varié suivant les époques : le préteur classait les *muliebria passi* parmi les personnes *turpitudine notabiles*.

Enfin rentraient aussi dans les prohibitions de la même loi le *lenocinium* du mari. Le mot *lenocinium* est pris ici dans un sens restreint : il n'indique que la vile complaisance du mari, acceptant le déshonneur au prix d'une compensation pécuniaire. Le mari était alors frappé, et à juste titre, comme complice de l'adultère. Il

1. L. 30. Code. *Ad legem Jul. de adult.*

2. Code, eodem titulo.

3. L. 3. D. 25. 7.

y avait même un cas particulier où ce trafic honteux était présumé chez ce dernier : c'est lorsqu'il avait surpris sa femme en flagrant délit, et qu'il n'avait pas provoqué le divorce. Cette présomption était invincible. Aucune preuve n'était admise contre elle.

Les Romains, ne pouvant concevoir pour une telle injure la possibilité du pardon, notaient d'infamie le mari, alors même qu'il aurait prouvé clairement que son pardon était absolument désintéressé. — Mais pour que cette déchéance fût encourue, une condamnation était absolument nécessaire. Nous verrons, au contraire, que pour les autres *lenones*, l'infamie était encourue *ipso facto*.

VIII. — *Accusation publique en vertu de la loi Plætoria*. — Une loi *Plætoria*, dont nous ignorons la date, mais qui existait certainement au milieu du ^{vi}e siècle de Rome (1), organisait contre toute personne qui aurait frauduleusement abusé de l'inexpérience d'un mineur de vingt-cinq ans une poursuite deux fois mentionnée par Cicéron (2), qui l'appelle *judicium publicum rei privatæ* et en montre bien par là le caractère spécial. Les *judicia publica* supposent, en effet ordinairement, un intérêt public lésé, tandis qu'ici le *judicium publicum* n'a ici pour but que la protection d'un intérêt privé. Cette poursuite entraînait infamie pour le condamné, qui, d'après la Table d'Héraclée, devenait en outre incapable de figurer dans l'*ordo* ou corps des décurions.

Ce *judicium publicum* tomba en désuétude, lorsque fut instituée sous Marc-Aurèle la curatelle permanente des mineurs de vingt-cinq ans.

1. Plaute, *Pseudolus*, I, 3, v. 84.

2. *De offic.* III. 15; — *De natura deorum*, III, 30.

Dispositions spéciales à la « *calomnia* » et à la
« *prævaricatio* »

Si nous nous reportons au texte de l'édit (1), nous trouvons la phrase suivante : « *Infamia notatur..... qui « in iudicio publico, calumniæ prævaricationisve causa « quid fecisse iudicatus erit ;* » phrase très amphibologique et dont le sens n'est pas très facile à élucider. Les mots *in iudicio publico* se rapportent-ils en effet à *quid fecisse* ou à *iudicatus erit*? Autrement dit, suffit-il que la calomnie ou la prévarication aient été commises dans un *iudicium publicum* pour entraîner l'infamie? N'est-il pas absolument nécessaire, au contraire, que la condamnation encourue pour ces deux faits résulte d'un *iudicium publicum*? L'intérêt de la question est considérable. Dans le premier cas, que la poursuite des deux délits soit intentée *in iudicio publico* ou *extra ordinem*, l'infamie sera toujours encourue en cas de condamnation ; dans le second, les deux délits poursuivis *extra ordinem* n'entraîneront jamais l'infamie.

Avant d'aborder cette controverse, demandons-nous en quoi consistent la *calumnia* et la *prævaricatio*.

Il y a calomnie en droit romain, toutes les fois qu'une action judiciaire même privée est intentée de mauvaise foi. D'après notre définition, le *calumniator* n'est donc pas seulement celui qui soutient une accusation sciemment fausse dans un procès criminel (2) (*falsa crimina intendere*), mais encore celui qui porte devant le juge une action privée, non délictuelle, qu'il sait absolument dénuée de fondement, qu'il introduit en un mot par pur

1. L. 4 § 4. D. *De his qui not.*

2. L. 1. pr. D. 48. 16. *Ad senat. Turpill.*

esprit de chicane. C'est ce que nous apprend Gaius (1) : « Et quidem calumniæ judicium adversus omnes actiones « locum habet, et est decima partis causæ, adversus in- « terdicta autem, quartæ partis. » Justinien de son côté confirme cette opinion dans ses Institutes (2). Ainsi la peine de la calomnie, en matière civile, est d'un dixième de la cause à l'égard des actions, et d'un quart à l'égard des interdits. Le calomniateur n'encourait probablement pas l'infamie; du moins il nous est permis de le penser, vu le silence des textes. Puis la faute n'était-elle pas trop minime pour emporter une peine aussi grave?

Nous n'aurons donc à nous occuper ici que de la calomnie en matière criminelle.

Il en sera ainsi de la *prævaricatio*, qui d'ailleurs en fait n'intervenait guère que dans les procédures accusatoires, c'est-à-dire *in judicio publico*. C'est sans doute pour cette raison, que la loi 1 § 1 du titre au Digeste *De prævaricatione* déclare qu'à proprement parler, on réserve le nom de *prævaricator* à celui *qui judicio publico accusaverit*. On peut définir d'une manière générale la prévarication : Le fait de celui qui trahit la cause qu'il était chargé de défendre et qui favorise la partie adverse ; « Prævaricator autem est qui diversam partem adjuvat, « proditâ causâ suâ. Quod nomen Labeo a variâ certatione « tractum ait : nam qui prævaricatur, ex utrâque parte « consistit : quinimo ex adversâ (3). » En matière criminelle, elle n'est autre chose que la collusion entre un accusateur et un accusé dans le but d'obtenir l'absolution de ce dernier.

1. IV § 175.

2. IV. 16 § 1.

3. L. 1. D. *De prævar.* 47. 15.

Le *prævaricator* était puni de peines très sévères : celles-là mêmes qu'encourait la partie absoute ; et cette sévérité ne doit pas sembler extraordinaire, lorsqu'on sait que les Romains ne connaissaient pas l'institution du ministère public : grâce à leur système d'accusations populaires, le premier citoyen venu pouvait en effet tenter une accusation parfaitement fondée et s'arranger ensuite de manière à la faire échouer. De cette façon le délit commis restait complètement impuni, car l'action publique, une fois intentée, était éteinte.

A côté de la *prævaricatio*, les textes placent la *tergiversatio*. Celle-ci n'est autre chose que le désistement de l'accusation.

Nous ne pouvons mieux faire, pour résumer ce que nous venons de dire, que de citer la loi 1 § 1, du titre au Digeste *Ad senatus consultum Turpillianum*, qui définit ainsi les trois délits que nous venons de mentionner : « Calumniari, id est falsa crimina intendere, prævaricare, vera crimina abscondere, tergiversari in universum ab accusatione desistere. »

Nous arrivons enfin à la question importante que nous nous sommes posée. Pour plus de clarté, nous prendrons chaque délit séparément.

I. — *Calumnia*. — Trois hypothèses sont à distinguer. Nous supposons, bien entendu, que l'accusation portée par le calomniateur a donné lieu à un *judicium publicum* ; autrement dit, la calomnie doit avoir été au moins commise *in judicio publico*.

1^{re} Hypothèse. — La calomnie est découverte et examinée incidemment dans cette instance publique. Dans ce cas, elle est certainement infamante, car la condamnation encourue par le calomniateur est rendue à la

suite d'un *judicium publicum*. Prenons un exemple : Un individu est faussement accusé de *plagium*, crime donnant lieu à un *judicium publicum* d'après la loi *Fabia de plagiaris*. Au cours du jugement, la calomnie est dévoilée. Le juge du fond condamnera immédiatement le *calumniator*. Or nous savons que tout condamné contre lequel une peine avait été prononcée dans un *judicium publicum* était infâme.

2^e Hypothèse. — L'accusation de *calumnia* s'est élevée trop tard durant le *judicium publicum*, pour que l'examen en puisse être fait avant la sentence rendue sur le fond. Un texte prévoit et résout ce second cas : La sentence sur le fond une fois rendue, la *calumnia* est instruite et jugée séparément. Si le juge découvre que l'accusateur est de bonne foi, il l'absout : « et si « quidem justum ejus errorem repererit, absolvit eum » ; s'il trouve au contraire la calomnie absolument évidente, il condamne le calomniateur et lui inflige une peine que le texte appelle *legitima* : « si vero in evidenti calumnia, eum deprehenderet, legitimam pœnam ei irrogat (1). »

Quelle était la nature de cette peine ? Nous n'avons aucun renseignement précis sur ce point. Nous savons seulement que les calomniateurs étaient punis d'après une loi *Remmia* : « Calumniatoribus pœna lege Remmia « irrogatur » (2), et qu'à côté de la peine principale que nous ignorons, il semble que la loi permettait d'infliger une marque spéciale : l'impression de la lettre K (*Kalumniā*) au moyen d'un fer brûlant sur le front du calomniateur (3).

1. L. 1 § 3. 48. 16. *Ad senat. Turpill.*

2. L. 1 § 2. eod. tit.

3. L. 43. D. *De testibus*. 22. 5.; — Cicéron, *Pro Roscio*, 20.

Quoi qu'il en soit, la peine prononcée par la loi *Remmia* étant *legitima*, la condamnation était certainement infamante.

3° Hypothèse. — La calomnie commise *in judicio publico* n'a été découverte que postérieurement à l'instance publique, dans laquelle a été examiné le crime faussement imputé à l'accusé.

Nous déciderons que, même dans cette dernière hypothèse, le calomniateur tombait toujours sous le coup de la loi *Remmia* et cela en vertu du texte général que nous avons déjà eu l'occasion de citer : « *calumniatoribus* » « *pæna lege Remmia irrogatur.* » Dès lors, comme il était jugé dans un *judicium publicum*, il encourait l'infamie. Nous ajouterons même qu'on devait toujours avoir recours dans ce cas à la procédure des *judicia publica*, car la calomnie commise dans une instance publique avait une gravité d'autant plus considérable, qu'elle avait fait courir un plus grand péril à l'accusé. Ainsi, suivant nous, le jugement de calomnie n'était pas infamant, par cela seul qu'il avait été commis *in judicio publico*, il entraînait cette conséquence parce que de plus il était public.

Notre opinion semble, il est vrai, être contredite par un texte de Paul, qui au livre I^{er}, titre V § 2 de ses Sentences, pose le principe suivant : « *Et in privatis et in publicis judiciis omnes calumniosi extra ordinem pro qualitate admissi plectuntur.* » C'est donc que la calomnie commise dans un *judicium publicum* pouvait donner lieu à un autre genre de poursuites que celui que nous avons indiqué. Nous adopterions certainement cette dernière opinion, si le fragment de Paul ne se trouvait reproduit au Digeste avec une modification importante : « *Et in privatis et in extraordinariis criminibus omnes*

« *calumniosi extra ordinem pro qualitate admissi ple-*
« *tuntur* (1). » Paul prenait donc le mot *publicum* dans
le sens d'extraordinaire, et cette explication est fort plau-
sible, les termes de *judicium publicum* s'appliquant
dans un sens large à toute procédure criminelle ordi-
naire ou extraordinaire, par opposition à la procédure des
délits privés.

Ainsi la *calumnia* commise dans une instance publi-
que devait toujours être jugée par un *judicium publicum*.
C'est ce qui ressort encore, disons-nous, des textes que
nous venons de citer, textes qui, en posant le principe
que celui qui a calomnieusement accusé d'un délit privé
ou extraordinaire sera poursuivi suivant la forme extra-
ordinaire, semblent bien dire en même temps par *a con-*
trario que la *calumnia* commise *judicio publico* doit être
toujours punie et jugée conformément à la loi *Remmia*.

Avant de terminer, nous devons signaler cependant
un dernier argument invoqué contre notre système. Cet
argument est tiré d'un texte d'Ulpien, déclarant que si
une femme « *calumniæ judicio damnata sit ex causâ ju-*
« *dicii publici... publico judicio damnata esse non vide-*
« *tur* (2). » En généralisant ce texte, on est naturellement
porté à déclarer le *calumniator* poursuivi *extra ordinem*.
Mais le passage d'Ulpien est spécial à la matière du *con-*
nubium des sénateurs ; il doit donc recevoir une inter-
prétation restrictive.

Nous avons toujours supposé jusqu'ici la *calumnia*
commise *judicio publico*, et c'était le cas le plus fréquent.
Lorsqu'elle intervenait dans un *judicium privatum*, les
fragments de Paul et du Digeste nous apprennent que

1. L. 3. D. *Ad senat. Turpill.*

2. L. 43 § 11. D. 23. 2.

dans cette hypothèse elle devait être poursuivie *extra ordinem*, mais alors elle n'entraînait pas l'infamie. C'est qu'ici la règle, nous le savons, était renversée. Tout jugement public frappait d'infamie celui qui était reconnu coupable, tandis qu'en principe elle n'était pas la conséquence des condamnations extraordinaires. Ce principe subissait toutefois une exception dans un cas spécial. Quand une veuve, sachant qu'elle n'était pas enceinte, ou que sa grossesse n'était pas l'œuvre de son mari défunt, avait obtenu ou avait tenté d'obtenir par ses manœuvres l'envoi en possession, *ventris nomine*, des biens de son mari, le jugement de *calumnia* lui faisait encourir l'infamie, quoique le délit n'eût pas été commis dans une instance publique (1). Dans le cas où elle était encore soumise à la *patria potestas*, et où il était démontré que la fraude avait été autorisée ou même simplement tolérée par son *pater-familias*, l'infamie frappait ce dernier seulement et épargnait la femme.

II. — *Prævaricatio*. — Nous ferons, en ce qui concerne ce délit, des distinctions analogues à celles que nous avons établies pour la calomnie. Ici encore nous distinguerons trois hypothèses.

1^{re} Hypothèse. — La *prævaricatio* a été découverte dans l'instance publique où elle s'est produite.

Le juge du fond condamnera à la fois l'accusé et le prévaricateur. Quelle que soit l'opinion qu'on professe relativement à l'édit, comme les faits de prévarication et la condamnation de ce délit se passent *in judicio publico*, ils entraînent certainement l'infamie.

2^e Hypothèse. — La *prævaricatio* n'est découverte que

1. L. 15. D. *De his qui not. inf.* 3. 2.

postérieurement à l'instance publique, dans le cours d'une nouvelle instance, intentée pour le même délit contre l'accusé qui invoque son acquittement antérieur obtenu par collusion.

Ce cas est prévu par la loi 3 du Digeste, du titre *De prævaricatione*. — Il y a une question préjudiciable à résoudre avant tout jugement, celle de s'enquérir si les faits de prévarication ont réellement eu lieu. Cette preuve est-elle faite, le jugement de prévarication est rendu *extra ordinem*, puisqu'aucune loi, aucun sénatus-consulte n'organise un *judicium publicum* contre la *prævaricatio* (1). « Nam si reus accusatori publico judicio
« ideo præscribat, quod dicat se eodem crimine ab alio
« accusatum, et absolutum, cavetur lege Julia publico-
« rum, ut non prius accusetur, quam de prioris accu-
« satoris prævaricatione constiterit, et pronunciatum
« fuerit... » Mais ce jugement de prévarication possède malgré tout les effets d'un jugement public, et notamment entraîne l'infamie pour le condamné. C'est ce que nous apprend le jurisconsulte Macer, de qui nous tenons le fragment déjà cité en partie : « hujus ergo prævari-
« cationis pronuntiatio publici judicii intelligitur...
« Prævaricator in causâ judicii publici pronuntiatum in-
« famis est. » Il y a donc là une extension des effets du *publicum judicium* à un *judicium extra ordinem*, extension que la connexité de ce dernier avec un *judicium publicum* explique et justifie.

Au reste, la question préjudicielle de prévarication devait être examinée par les juges mêmes du fond, avant qu'ils ne statuent sur le *crimen publicum*. La *prævaricatio* était, il est vrai, un *delictum extraordinarium*,

1. L. 3 § 3. D. 47. 15.

mais les premiers juges en connaissaient en vertu de cette règle, vraie en droit romain comme elle l'est en droit français, que le juge du fond est également compétent pour les questions préjudicielles.

3^e Hypothèse. — La *prævaricatio* a été découverte en dehors de toute instance.

La solution de cette dernière hypothèse dépend de la façon dont on doit interpréter la phrase de l'édit.

D'après quelques-uns, le préteur aurait voulu dire que toute prévarication commise *in judicio publico* entraîne l'infamie même poursuivie *extra ordinem*. Si le préteur avait voulu parler de la nécessité d'une condamnation dans une instance publique, il aurait rejeté la préposition et aurait simplement dit : « qui judicio publico... judi-
« catus erit. »

D'après une autre opinion, le préteur s'en serait, au contraire, référé à la nécessité d'une condamnation *judicio publico*. Le *judicium extra ordinem* de prévarication ne saurait être infamant, par application de la règle générale. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait une disposition spéciale qui n'existe pas. De plus, le caractère exceptionnel de la dernière hypothèse montre bien qu'il est impossible de la généraliser.

Nous serions assez tenté d'adopter la première opinion. Il est vrai que nous admettons ainsi une nouvelle exception à la règle, qu'une condamnation rendue à la suite d'un jugement *extra ordinem* ne saurait entraîner l'infamie. Cette opinion nous paraît cependant la plus logique. Autrement, on ne verrait pas pourquoi le préteur aurait fait allusion aux jugements publics de calomnie et de prévarication plutôt qu'aux autres. Il faudrait alors décider que l'infamie n'a été étendue à chacun des autres jugements publics, que postérieurement à

l'édit. Nous estimons, au contraire, qu'elle fut, dès l'abord, la conséquence de toutes les condamnations rendues à la suite d'un jugement public, et qu'il en était ainsi, parce que ces jugements étaient toujours censés rendus par le peuple. Cette manière de voir nous semble absolument confirmée par les indications de la Table d'Héraclée, d'après laquelle il y a infamie, toutes les fois qu'une personne a subi une condamnation *judicio publico*, soit à Rome, soit dans un municipe ou une colonie. Au reste, on ne pourrait guère expliquer comment l'infamie se serait étendue successivement des deux faits prévus dans l'édit à tous les autres, pendant la période qui s'écoula depuis la rédaction de l'édit perpétuel jusqu'à l'époque de Macer, dont nous avons rapporté le fragment, qui nous indique la distinction entre les *judicia publica* et les *judicia extra ordinem* (1).

Pour la calomnie, au contraire, un jugement public avait été organisé dans tous les cas. Le *calumniator* encourait donc l'infamie pour un double motif : comme poursuivi et jugé selon la loi *Remmia*, comme ayant commis son délit *in judicio publico*.

La *prævaricatio* pouvait avoir été commise *in judicio privato*; dans ce cas, elle entraînait ordinairement une poursuite *extra ordinem* : « *extra ordinem solet puniri* (2). » Intervenant dans une poursuite extraordinaire, elle était punie de la peine qu'aurait encourue l'accusé s'il eût été condamné (3). Les textes ne parlent d'infamie dans aucun de ces deux cas.

III. — *Tergiversatio*. — La *tergiversatio*, nous l'avons

1. L. 7. 48. 1.

2. L. 1 § 1. D. *De prævar.* 47. 15.

3. L. 6. D. *eod. tit.*

dit, consistait dans le désistement de l'accusation : délit moins grave que les deux premiers, mais devant entraîner malgré tout une repression, étant donnée la liberté qu'avait chaque citoyen d'accuser son semblable. Puni d'une amende de cinq écus d'or par le sénatus-consulte Turpillien, rendu en 61 sous Néron, le *tergiversator* était de plus noté d'infamie (1).

SECTION II

CONDAMNATION A LA SUITE D'UN CRIME « EXTRA ORDINEM »

Nous avons vu qu'en règle générale, cette condamnation n'entraînait pas l'infamie. Des exceptions avaient été cependant apportées à ce principe : exceptions fondées sur des considérations spéciales tirées de la nature de certains délits.

Ces exceptions comprenaient : 1^o le stellionat ; 2^o la violation de sépulture ; 3^o le vol d'une hérédité.

§ 1. — Stellionat

Ce mot représente à Rome, en matière criminelle, celui de dol en matière civile (2). C'est le terme générique employé à défaut d'autre plus spécial pour désigner un assez grand nombre de faits dolosifs plus ou moins déterminés.

Cujas définit ainsi le stellionat (3) : « Crimen extraor-

1. L. 2. cod. 9. 45; — L. 6 § 3. D. *De dec.* 40. 2.

2. L. 3 § 1. D. 47. 20.

3. *Cujacii opera*, tome VII, c. 443.

« *dinarium, quo nomine continetur fallacia, impostura, dissimulatio omnis, et quicquid turpiter fit in fraudem alterius, quod proprii criminis nomen non habet.* »

Ce délit toujours poursuivi *extra ordinem* (1) était puni de l'*opus metalli* pour les plébéiens, et de la rélegation temporaire ou de la *motio ab ordine* — *in his autem qui sunt in aliquo honore positi* (2).

Entraînait-il l'infamie ? Deux textes d'Ulpien sur ce chef paraissent contradictoires. Au livre VI de ses commentaires sur l'édit, ce jurisconsulte s'exprime ainsi : « *Crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis judicium publicum non est* (3) » ; — tandis qu'au titre VIII de son commentaire sur Sabinus, il dit : « *Stellionatus judicium famosum quidem non est, sed coercionem extraordinariam habet* (4). »

Ces deux textes, d'accord pour qualifier le stellionat de *crimen extraordinarium*, ne sont-ils pas inconciliables, relativement au point de savoir s'il fait encourir l'infamie ? Plusieurs explications ont été proposées.

D'après Cujas, la condamnation encourue pour cause de stellionat n'était infamante que dans le cas où l'accusation ayant ce crime pour objet était en concours avec une action infamante dirigée contre un des délits mentionnés dans la loi 7 du titre *De publicis judiciis* au Digeste (règle de Macer) : « *Si concurrat cum hoc crimine civilis actio famosa, erit etiam crimen famosum : si concurrat non famosa, non erit crimen stellionatus famosum* (5). » Doneau est du même avis :

1. L. 3. Code. 9. 34.

2. L. 3 § 2. D. 47. 20.

3. L. 13 § 8. D. 3. 2.

4. L. 2. D. *Stellionatus*.

5. Liv. I, c. 208.

« Et regula Macri nos admonet dici debere crimen stellionatus interdum famosum non esse, interdum esse. Famosum non est, si stellionatus nomine agitur ex eâ causâ, quæ in judicio privato de eadem re infamiam non irrogat (1)..... »

Prenons quelques exemples pour mieux faire ressortir cette opinion. Supposons qu'un individu a vendu ou engagé à un vendeur, ou à un créancier de bonne foi, un objet dont il avait déjà fait l'objet d'un gage, ce qui est, aux termes de la loi 3, au Digeste *De stellionatu*, un cas de stellionat. Ce même créancier ou ce même vendeur, ainsi trompés, auront certainement contre celui qui a traité avec eux un recours extraordinaire ; mais rien ne les empêchera aussi d'agir par une action privée, et d'employer contre ce dernier soit l'action *pigneratitia contraria* (2), soit l'action *ex empto*. Or, comme ni l'une ni l'autre de ces actions n'est infamante, d'après la règle de Macer, le recours extraordinaire ne le sera pas davantage, et ce sera le cas de dire avec Ulpien : « Stellionatus quidem famosum non est (3). »

Admettons maintenant que, dans le but de tromper la personne qui contracte avec lui, l'individu dont il s'agit introduise un compère qui affirme que la chose vendue ou engagée est libre entre ses mains ; certainement la victime de cette fraude ouvre contre un pareil imposteur l'action criminelle qui naît du stellionat (4), et comme il pourrait également agir par l'action privée *de dolo malo* (5), et qu'aux termes de l'édit cette action est infamante, nul

1. Liv. XVIII, cap. viii § 24.

2. L. 1 § 2. D. *De pignerat. act.*

3. L. 6 § 9. D. *De act. empt.*

4. L. 3. D. *Stellionatu*.

5. L. 8. D. *De dolo malo*.

doute qu'en suivant la première voie, il n'expose son adversaire en péril de l'infamie, et dès lors Ulpien, d'accord avec Macer, en prévision de ce cas, aura très bien dit : « *crimen stellionatus infamiam irrogat damnato.* »

Ce système nous paraît inadmissible, car il ne repose que sur une hypothèse purement gratuite qui ne peut invoquer aucun texte en sa faveur. De plus il ne rend pas compte de la formule impérative qu'emploie Ulpien dans son commentaire sur l'édit : « *crimen stellionatus infamiam irrogat damnato.* » Il faudrait traduire, si on l'adoptait, comme s'il y avait *irrogare potest*, mais rien ne nous autorise à opérer cette modification.

Un autre système, qui consiste à rechercher la négation dans l'un des membres de phrase cités plus haut et à lire *judicium famosum est*, système du président Antoine Favre (1), ne nous paraît pas mieux fondé. Il y a là une correction arbitraire que nous ne saurions admettre.

Une explication ingénieuse, et généralement admise aujourd'hui, a été proposée par Marezoll (2). D'après cet auteur, le mot *famosum*, employé par Ulpien, n'aurait pas le sens précis d'infamant. Il serait pris ici comme synonyme du mot *publicum*. Par suite il faudrait traduire ainsi la proposition énoncée ci-dessous : « le crime de stellionat n'appartient pas à la classe des *judicia publica*, mais au contraire à celle des *judicia extraordinaria*. » Régulièrement, les jugements publics étaient les seuls qui, en matière criminelle, entraînaient l'infamie. Il n'y aurait donc rien de bien étrange à ce qu'Ulpien ait employé l'un des mots pour l'autre, d'autant plus que ce jurisconsulte s'occupe moins, dans le second des

1. *Conjecturæ*, IV, 12.

2. *Ueber die bürgerliche Ehre*, p. 135.

textes indiqués, de la condamnation pour stellionat que de la juridiction criminelle qui doit connaître de ce délit, ainsi que le démontre la seconde partie de sa phrase : « *sed cognitionem extraordinariam habet.* »

L'infamie était donc la suite d'une condamnation pour stellionat sans qu'il y eût aucune distinction à faire. C'est encore Ulpien qui nous donne le motif de ce caractère infamant attaché à une semblable condamnation : « *Stellionatum autem objici posse his qui dolo quid fecerunt, sciendum est : scilicet in aliud crimen non sit, quod objiciatur ; quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio.* » Nous avons dit en effet que le stellionat était en matière criminelle ce qu'est le dol en matière civile ; or nous verrons que le dol était infamant. *A fortiori* devait-il en être ainsi du stellionat, dont les conséquences étaient encore plus funestes.

§ 2. — Violation de sépulture.

Il pouvait arriver exceptionnellement que le crime de violation de sépulture fût puni *ex judicio publico*. Il en était ainsi dans le cas d'une opposition violente aux funérailles ou à l'ensevelissement d'un mort : « *Sepulchri violati crimen potest dici ad legem Juliam de vi publicâ pertinere ex illâ parte, qua de eo cavetur, qui fecerit quid, quominus aliquid funeretur, sepeliaturve : quia et qui sepulchrum violat, facit quo quis minus sepultus est (1).* » Mais les violations de sépulture n'offraient en toute autre hypothèse que l'action privée de *sepulchro violato* et une poursuite *extra ordinem*. L'action était

1. L. 8. D. 47. 12. *De sep. viol.*

donnée par préférence aux personnes investies du *jus sepulcri*, mais lorsque ces personnes ne pouvaient ou ne voulaient agir, tout le monde pouvait l'exercer, aussi est-elle qualifiée pour les textes de *popularis* (1). Quant à la condamnation, elle était toujours infamante, quelle que fût la peine prononcée, parce que le fait qui nous occupe empruntait nécessairement le caractère du dol. quelquefois même celui de l'injure, du vol ou de la violence publique ou privée (2). Or, nous le verrons tout à l'heure, la condamnation pour dol dans une instance privée était une cause d'infamie. Dès lors il était logique que le même effet fût produit lorsque cette condamnation intervenait dans une instance criminelle.

§ 4. — Spoliation d'une hérédité.

Cette spoliation resta près de neuf siècles impunie à Rome. Bien plus, les usurpateurs d'hérédité y étaient pleinement encouragés par l'*usucapio pro hærede*, en vertu de laquelle quiconque avait possédé, pendant un an, la totalité ou seulement la plus grande partie des biens laissés par un individu mort testat ou intestat, devenait vraiment son héritier, lui succédant pour l'intégralité de son patrimoine, le remplaçant en un mot tant au point de vue passif qu'au point de vue actif, et se soumettant à ses obligations religieuses (*sacra privata*).

Ce vol légal, si on peut ainsi s'exprimer, qui choquerait si vivement nos idées modernes, était parfaitement permis à Rome, car il avait pour but d'assurer un double intérêt : l'intérêt des créanciers, qui, à défaut d'héritiers

1. LL. 1 et 3. pr. et § 2. eodem tit.

2. Paul. Sent., liv. I, tit. XXI.

ne savaient comment se faire payer ; un intérêt religieux, car le culte domestique du défunt restait interrompu tant que sa personne n'avait pas de continuateur légal (1).

Mais ces deux motifs perdirent bientôt toute leur force : le prêteur ayant autorisé les créanciers à vendre les biens de la succession en deshérence, c'est-à-dire non appréhendée même par de simples cognats (2), et les *sacra privata* ayant paru de bonne heure inutiles et incommodes, par suite de la disparition des traditions religieuses. Aussi les honnêtes gens ne se gênèrent-ils plus pour réprover ouvertement cette étrange usucapion qui ne répondait plus à aucun besoin (3). On aurait dû, dans ces conditions, la supprimer radicalement ; on préféra limiter simplement ses effets. C'est ce qu'on fit, en déclarant qu'au lieu de conférer au possesseur la qualité d'héritier, elle ne s'appliquerait plus qu'aux choses corporelles véritablement possédées par lui. Un peu plus tard, un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Adrien vint décider qu'elle pourrait être révoquée, alors même qu'elle serait complètement acquise. Dans ce but l'héritier et sans doute aussi le *bonorum possessor* n'avaient qu'à exercer contre celui qui avait usucapé une *petitio hæreditatis* fictive, dans laquelle l'office du juge était de les faire triompher et rentrer en possession. Cette décision était applicable même contre celui qui, se croyant réellement appelé à l'hérédité civile ou à la *bonorum possessio* prétorienne avait usucapé de bonne foi (4).

L'*usucapio pro hærede* touchait alors à sa fin. Marc-Aurèle lui porta un dernier coup en organisant contre

1. Gaius, II §§ 54 et 55 ; — Cicéron, *De leg.*, II, 19 et 20.

2. Gaius, III. 78.

3. Cicéron, *De orat.* II, 70.

4. Gaius, II § 57.

l'*expilatio hæreditatis* une poursuite criminelle, atteignant celui qui s'emparerait sans droit et sciemment soit d'une hérédité tout entière, soit d'une partie de l'hérédité. Le *crimen expilatæ hæreditatis* ne donnait pas lieu à un *judicium publicum* ; c'est *extra ordinem* qu'avaient lieu les poursuites (1). Ces poursuites ne pouvaient être exercées que dans le cas où l'héritier ne s'était pas encore mis en possession des choses détournées ; autrement, il y avait évidemment un *furtum* (2).

Le *crimen expilatæ hæreditatis* entraînait l'infamie. Nous avons là dessus un texte positif (3). L'empereur Alexandre nous dit en effet que le spoliateur d'une hérédité encourt l'infamie en sa qualité de *fur improbus*, et qu'à défaut de toute autre, cette peine ne manquera pas de l'atteindre. De plus les *expilatores* n'étaient-ils pas des *fures atrociores* ou *improbiores* (4) ? Or nous verrons que le voleur doit être rangé parmi les infâmes.

SECTION TROISIÈME

CONDAMNATION A LA SUITE DE CERTAINS DÉLITS PRIVÉS

Les délits se divisaient, d'après la loi romaine, en délits privés et délits publics. Les premiers, ne paraissant léser qu'un intérêt particulier, ou du moins ne blessant qu'indirectement la société dans un intérêt privé, étaient réprimés par une indemnité pécuniaire accordée à la victime du délit, qui obtenait en outre la réparation

1. L. 1. D. *Expilatæ hæred.*

2. L. 2 § 1. D. eod. tit.

3. L. 12. C. *Ex quib caus.*

4. L. 1 § 1. D. 47. 18.

du dommage causé; cette satisfaction donnée à l'intérêt privé s'obtenait en suivant la procédure ordinaire devant la juridiction civile. Les seconds, atteignant directement l'ordre social, donnaient lieu à une accusation exercée au nom du peuple tout entier et à une condamnation qui ne pouvait être prononcée que par une juridiction criminelle et qui de plus ne profitait jamais à la partie lésée.

Justinien et Gaius nous mentionnent quatre délits privés : 1° le vol simple, *furtum*; 2° le vol avec violence, *rapina*; 3° le *damnum legis Aquiliæ*; 4° l'injure, *injuria*(1).

Le passage de l'édit relatif aux condamnations résultant de ces délits était ainsi conçu : « *Infamia notatur qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude, suo nomine damnatus pactusve erit.* »

On peut remarquer, d'après ce passage de l'édit, que le *damnum injuria datum* était le seul des délits privés mentionnés par Gaius et Justinien qui ne fût pas infamant. Cette exception est assez facile à justifier. Les autres actions étaient infamantes, parce qu'elles s'appliquaient à des délits supposant nécessairement la fraude. L'*actio legis Aquiliæ*, au contraire, supposait bien un dommage, mais n'exigeait pas nécessairement pour son exercice l'intention de nuire, l'*animus delinquendi*.

Le préteur ajoute l'action de dol aux trois actions infamantes déjà mentionnées. Cette dernière, introduite par le préteur Aquilius Gallus, pour corriger la rigueur du vieux droit civil, tendait uniquement à la réparation du préjudice causé à autrui par des manœuvres frauduleuses. Le dol n'était donc pas à proprement parler un

1. Inst. IV. 1 in fine; — Gaius, III. 182; — L. 4. D. 44. 7.

délit. L'action *de dolo molo* était cependant assimilée en quelque sorte aux actions pénales; sans doute parce-qu'on la considérait comme née *ex maleficio*. Aussi la voyons-nous entraîner l'infamie (1), soit que le dol fût contractuel, soit qu'il formât la circonstance aggravante d'un délit ne supposant pas nécessairement chez son auteur une intention coupable.

En dehors des actions que nous venons d'indiquer, toute autre née d'un fait illicite n'était pas infamante. Nous pouvons citer parmi ces dernières : les actions *tignis juncti, arborum furtim cæsarum, quod metus causa*, la *condictio furtiva*, dont l'objet était essentiellement pécuniaire et nullement répressif.

Nous avons dit que la victime d'un délit privé dans le but d'obtenir une juste réparation du préjudice qu'elle avait souffert intentait son action devant la juridiction civile. C'était la voie la plus ordinaire, mais ce n'était pas la seule. La partie lésée avait, en effet, dans certains cas, le choix d'agir ou *criminaliter* ou *civiliter*. Voulait-elle agir *civiliter*, elle intentait devant le *judex* nommé par le magistrat *ex ordine juris* l'action du délit, et la peine pécuniaire encourue lui appartenait, ainsi que nous avons eu occasion de le faire remarquer. Elle bénéficiait donc du châtement. Préférait-elle agir *criminaliter*, l'action criminelle était portée devant le magistrat *extra ordinem* (2). Cette action tendait à une peine corporelle, la fustigation ou la mutilation de la main avant Justinien, l'exil depuis ce prince. L'infamie était-elle également la conséquence de la condamnation dans ce dernier cas, contrairement au principe que les condamnations *extra ordinem* ne sauraient entraîner l'infamie

1. L. 11 § 1. D. *De dol. mal.* 4. 3.

2. 3 § 1. D. 1. 15.

que dans certaines hypothèses déterminées? Nous admettons sans hésiter l'affirmative et nous suivons pour cette interprétation la règle très large formulée par Macer à la loi 7 *De publicis judiciis*: « *Judicium... damnatum infamia non sequetur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quæ etiam in privato judicio infamiam condemnato importat: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum.* »

Cette poursuite *extra ordinem* s'était introduite de bonne heure, la répression des délits privés étant bien souvent insuffisante par la voie civile (1). On comprend facilement, par exemple, qu'une condamnation contre le voleur était bien inutile, lorsque celui-ci avait dissipé le produit de son vol et se trouvait insolvable. Dans ce cas, la partie lésée agissait par la voie criminelle, et si elle n'obtenait pas une satisfaction pécuniaire, elle avait au moins un dédommagement moral dans la punition du coupable. L'ordre social, de son côté, n'avait pas un moindre intérêt à la répression efficace des délits. La peine prononcée ainsi *extra ordinem* était infamante, avons-nous dit; il était impossible, en effet, qu'elle pût entraîner des conséquences moins graves que la peine de l'action privée.

Si nous recherchons maintenant quelles étaient les conditions nécessaires pour que les actions précitées emportent infamie, nous en trouverons quatre :

1° La cause à l'occasion de laquelle était intervenue la condamnation devait elle-même être infamante. Peu importe le genre de peine prononcée : « *Ictus fustium non importat, sed causa propter quam pati meruit, si ea sit quæ damnato infamiam irrogat* (2). »

1. L. 92. D. *De furt.* 46.2.

2. L. 22. D. *De his qui not.*

2° Une condamnation proprement dite était nécessaire. Un arbitre sans caractère officiel, uniquement l'homme des parties, pouvait bien sans doute statuer sur la portée d'une injure ou sur la réparation pécuniaire due en cas de vol, mais il n'avait aucune qualité pour noter soit l'auteur du vol, soit l'auteur des injures : « *ex compro-
« misso arbiter infamiam non fecit, quia non per omnia
« sententia est* (1). »

3° La condamnation devait être définitive. Le condamné n'était donc pas infâme pendant les délais d'appel. Avait-il usé de cette dernière voie ? L'infamie ne prenait date que du jour où la première sentence avait été confirmée. N'avait-il pas interjeté appel ? L'infamie, lorsque les délais d'appel étaient expirés, rétroagissait au jour du jugement. De même, le jugement devait être rendu *causâ cognita*, c'est-à-dire être prononcé dans l'instance engagée à raison du fait qui occasionnait l'infamie et mettre fin à cette instance. Toute autre décision du juge, soit qu'elle constituât un interlocutoire, soit qu'elle fût une simple admonestation adressée au coupable, à l'occasion ou dans le cours d'une autre affaire, n'était point infamante (2).

4° La condamnation devait enfin être prononcée directement contre l'auteur du fait délictueux. Le texte porte : « *suo nomine damnatus pactusve erit.* » Échappaient donc à l'infamie tout plaideur *alieno nomine*, *cognitor*, *procurator*, tuteur, curateur, et même héritier, dit Ulpien : « *et ideo nec procurator meus, vel defensor, vel tutor, vel curator, vel hæres, furti vel ex aliâ si-
« mili specie condemnatus, infamiâ notabuntur* (3). »

1. L. 13 § 5. D. eod. tit.

2. LL. 17 et 19. Code. *Ex quib. caus.*

3. L. 6 § 2. D. 3. 2.

N'était pas non plus noté d'infamie, par application du même principe, l'esclave qui avait commis un fait à raison duquel son maître avait été soumis à une action noxale infamante, bien que cet esclave fût devenu libre à l'époque où le jugement était rendu. Il fallait cependant qu'il fût encore esclave à l'époque de la *litis contestatio*.

Grâce à cette disposition, il arrivait que les coupables évitaient le plus souvent la condamnation infamante qui aurait dû les frapper. Il leur suffisait de trouver un représentant complaisant; car, d'une part, ce n'était pas le représenté qui se trouvait condamné, d'autre part il était impossible qu'une flétrissure aussi grave que l'infamie pût retomber sur le représentant. Conséquence bizarre du formalisme du droit romain! Singulier moyen laissé au délinquant pour échapper aux conséquences de ses fraudes! Mais si le représenté n'encourait pas l'infamie proprement dite, il subissait néanmoins une certaine déconsidération (*infamia facti*) produisant des effets assez graves, dont nous aurons à nous occuper à fin de cette étude (1).

Une exception était admise au principe de la nécessité d'une condamnation. Les textes nous disent en effet que la transaction intervenue entre le délinquant et la victime du délit était également infamante, parce que celui qui transige se reconnaît implicitement coupable : « quia qui paciscitur confiteri crimen intelligitur. » Au reste, la transaction n'était infamante que dans le cas où une somme d'argent avait été versée par l'auteur du délit à sa victime. Si le coupable avait obtenu par ses supplications que la partie lésée se désistât de la pour-

1. L. 2. D. De obseq. parent. 37. 15.

suite, il échappait à toute répression, parce que la solution contraire aurait conduit à ne tenir aucun compte du pardon : « quod erit inhumanum (1). »

La même solution s'appliquait au cas où le pacte avait été formé sur l'ordre même du prêteur : « qui jussu « prætoris pretio dato pactus est non notatur. » Cette dernière solution était parfaitement justifiée. Pourquoi la transaction en général était-elle déclarée infamante par l'édit? Afin d'éviter un subterfuge auquel n'auraient pas manqué de recourir les délinquants : la condamnation seule étant infamante et non le fait délictueux lui-même, il leur eût été très facile d'éviter la condamnation et par là même l'infamie en s'entendant avec leur victime, moyennant une certaine compensation pécuniaire. Dans notre cas, au contraire, le pacte n'était plus un subterfuge : il était commandé par le prêteur, dont l'intervention pouvait se produire dans les actions arbitraires, et l'infamie n'était pas encourue, parce que celui qui exécutait le *jussus* du juge accomplissait ainsi l'obligation dont il était tenu plus strictement et de meilleur gré que s'il y avait été contraint par un jugement.

Échappait encore à l'infamie celui à qui le serment était déféré devant le juge, et qui jurait n'avoir pas commis le fait qu'on lui reprochait : « nam quodammodo inno-
« centiam suam jurejurando adprobavit (2). »

Enfin, nous pouvons aller plus loin, et décider, en nous appuyant sur les LL. 21 et 22 du titre au Digeste *De dolo malo*, que lors même qu'un faux serment avait été prêté, l'infamie n'était pas prononcée, parce que la

1. L. 6 § 3. D. 3. 2.

2. L. 6 § 4. D. eod. tit.

peine infligée au parjure était considérée comme une répression suffisante : « nam sufficit perjuri pœna. »

Il n'est question de la transaction dans l'édit qu'à propos des actions : « furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo. » On pourrait en conclure, selon la maxime « Qui dicit de uno negat de altero », que la transaction sauve de l'infamie, quand il s'agit de l'action *sepulchri violati* et des crimes de *tergiversatio*, *calumniā*, *prævaricatio*. Cette opinion semblerait surtout vraisemblable, en ce qui touche la *prævaricatio* et la *calumniā*, car le préteur semble opposer ces deux cas aux suivants ; et tandis qu'il met sur la même ligne le *pactus* et le *damnatus*, en matière de vol et de biens enlevés par violence, s'il y a eu *calumniā* ou *prævaricatio*, il ne déclare infâme que le seul *damnatus*. Dans l'espèce cette manière de raisonner ne nous semble point admissible, d'abord parce que la raison donnée par le jurisconsulte Paul : « quoniam intelligitur confiteri crimen qui paciscitur (1) », nous paraît applicable dans tous les cas : or « Ubi eadem ratio ibi idem jus. » Ensuite nous avons un texte d'Ulpien qu'on peut regarder comme concluant : « In omnibus causis, præterquam in sanguine, qui delatorem corrumpit ex senatusconsulto pro victo habetur. » Si celui qui a corrompu le délateur, c'est-à-dire qui a étouffé sa voix à prix d'argent, est dans tous les cas (*in omnibus causis*) dans la même situation, que s'il avait été condamné, évidemment on doit en conclure que, dans tous les cas, également où l'infamie doit être prononcée, il l'encourra.

1, L. 5. D. eod. tit.

SECTION QUATRIÈME

DE LA CONDAMNATION SANCTIONNANT CERTAINES OBLIGATIONS NÉES DE CONTRATS OU QUASI-CONTRATS

Au milieu de l'immense variété des contrats, il n'y en avait que quatre qui pouvaient donner lieu à une action infamante. C'étaient les contrats de société, de mandat, de dépôt, et le quasi-contrat de tutelle.

Le texte de l'édit était ainsi conçu : « *Infamia nota tur* « *qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi, suo nomine,* « *non contrariò judicio damnatus erit.* » Gaius ajoute le contrat de fiducie également indiqué dans la Table d'Héraclée et dans le plaidoyer de Cicéron *pro Roscio* (1), textes qui en revanche omettent la *depositi actio*.

La raison de cette omission tient sans doute à ce qu'à l'origine le dépôt n'entraînait l'infamie qu'autant qu'il était accompagné de la fiducie (2). Plus tard, le contrat de fiducie étant tombé en désuétude à cause de ses formalités gênantes, le dépôt produisit alors les mêmes effets. Aussi est-il mentionné par l'édit, qui au contraire devait naturellement passer sous silence la *fiduciæ actio*, puisque la *fiducia* n'existait plus.

Ainsi donc les condamnations intervenues sur les quatre actions directes des contrats que nous avons mentionnés étaient infamantes, et il en était ainsi parce que ces quatre contrats présupposent une confiance mutuelle et absolue entre les contractants. L'associé, le mandataire, le dépositaire et le tuteur qui, non contents de violer les engagements pris par eux, poussent l'audace jusqu'à venir défendre leurs prétentions en justice et aggravent

1. Ch. vi.

2. De Savigny, t. II, p. 174.

ainsi leurs torts dans une large mesure, manifestent une mauvaise foi qui mérite un châtimement.

Comme pour les *delicta* que nous avons passés en revue, une condamnation proprement dite et définitive était nécessaire; de plus le jugement devait être prononcé contre l'auteur du fait qui avait donné lieu à l'instance *suo nomine damnatus*. Par application de cette règle, nous avons dit au paragraphe précédent que l'héritier ne pouvait être noté d'infamie à raison des faits commis par son auteur. Une exception doit être mentionnée cependant au sujet des héritiers du dépositaire ou du mandataire, qui subissant une condamnation en leur propre nom (*suo nomine*) pour tous faits de malversation commis par leur auteur, encouraient de ce chef l'infamie : « Illud plene addendum est, quod interdum et « hæres suo nomine damnatur, et ideo infamis sit, si in « deposito vel mandato male versatus sit (1). »

Contrairement à ce qui avait lieu en matière de délits, la transaction n'était pas infamante : « merito, dit le « texte, quoniam ex his causis non tam turpis est pactio « quam superioribus (2). » Le contractant qui transige est censé reconnaître ses torts et c'est là un motif honorable qui ne doit pas être la source d'une mesure portant atteinte à la considération. Au contraire, l'auteur d'un délit ajoute à la turpitude de son fait quand, pour échapper à la peine qui le menace, il vient offrir une réparation à la partie lésée. En agissant ainsi, il se reconnaît lui-même coupable et se condamne par son propre jugement.

Enfin un principe certain, c'est que les actions con-

1. L. 6 § 6. D. eod. tit.

2. L. 7. D. eod. tit.

traires de mandat, de tutelle, de dépôt n'entraînaient pas l'infamie. En un mot la condamnation devait être la conséquence de l'action directe. La raison en est, que l'action indirecte est donnée contre le pupille, le mandant, le déposant, et, comme le dit très bien Ulpien (1), qu'il ne s'agit plus alors de triompher de la mauvaise foi de celui qui ne veut pas rendre ses comptes, ou de satisfaire à une restitution, mais d'un calcul à établir devient le juge : non de *perfidia agitur*, sed de *calculo*. En un mot, le mandataire, le dépositaire, qui n'avaient pas rempli les engagements d'honneur par eux contractés, étaient, à coup sûr, de mauvaise foi, et l'on pouvait, sans crainte d'injustice, les frapper d'infamie. Mais le mandant, mais le déposant pouvaient être d'une loyauté entière, lorsqu'ils contestaient les prétentions de l'autre partie, car dans ce cas ce n'était plus sur l'existence de l'obligation que portait nécessairement le différend. Ce pouvait être, par exemple, sur une question d'indemnité à accorder, c'est-à-dire sur une chose dont l'évaluation pouvait donner lieu aux plus légitimes erreurs.

Aussi, dans le cas où cette présomption était évidemment contraire à la vérité, la règle cessait-elle d'être applicable : « notatur, ajoute le jurisconsulte Ulpien (2), « non solum qui mandatum suscepit, sed et is qui fidem « quem adversarius secutus est non prestat : ut puta « fidejussi pro te et solvi, mandati te si condemnvero, « famosum facio. » C'est l'hypothèse où, mandat ayant été donné à une caution, en cette qualité, le mandant s'est engagé à prévenir les poursuites du créancier contre le fidéjusseur, en s'acquittant envers le premier dans un

1. L. 6 § 7. D. eod. tit. — Voir aussi L. 5. pr. D. *Dep. vel. cont.* 46, 3.

2. L. 6 § 5. D. eod. tit.

délai déterminé. Alors il est bien vrai de dire que le mandat a contre la caution l'action directe de mandat, tandis que celle-ci n'a contre lui qu'une action contraire pour le forcer à remplir des obligations : mais, qu'on le remarque, cette qualité de contraire est superficielle et réside surtout dans les mots, car en réalité en prenant l'obligation de s'acquitter envers le créancier dans un délai déterminé, le *reus* joue à son tour, vis-à-vis de sa caution, le rôle de mandataire. Ainsi s'explique qu'Ulpien ait pu dire que dans ce cas le mandant tombait sous l'application de l'édit, quoique ce même édit fasse seulement mention dans son texte de ceux qui sont condamnés *directo judicio*.

Ainsi donc, les actions directes de mandat, de dépôt, de tutelle étaient seules infamantes. En matière de société, comme l'action était *ab utrâque directa*, il n'y avait pas lieu de se préoccuper de l'action contraire et l'infamie était toujours encourue.

Au reste, la forme de l'action était très importante. Si au lieu d'exercer les actions *depositi*, *mandati*..., etc.. le mandant, le déposant avaient seulement recours à la *condictio*, le défendeur quoique condamné échappait à l'infamie : « cessat ignominia in conductionibus, quamvis « ex famosis causis pendeant (1). »

Une grande controverse existe sur le point de savoir si la condamnation pour violation des contrats précités était toujours infamante, ou s'il n'était pas nécessaire, pour qu'elle produisît cet effet, qu'elle fût motivée par autre chose que par une faute de l'associé, du dépositaire, par le dol du défendeur en un mot.

1. L. 3. D. De oblig. et act. 44. 7.

Cette dernière opinion compte beaucoup de partisans, et il faut avouer qu'elle a pour elle l'équité. Comment comprendre, en effet, qu'on puisse punir de la perte de toute considération celui qui n'a commis qu'une simple faute? Voici par exemple un mandataire qui a commis une *levis culpa* : le mandant lui réclame une indemnité considérable qu'il refuse à bon droit de lui payer. Une instance s'engage devant le juge, qui condamne le mandataire, mais fixe à une somme bien moins forte que celle qui était primitivement réclamée l'indemnité à allouer au mandant. Peut-on dire que le mandataire a complètement perdu son procès? Assurément non. On peut même avancer qu'il a plaidé sans témérité, puisque le juge lui a donné en quelque sorte gain de cause. Cette opinion était particulièrement celle de Doneau (1).

Outre la raison d'équité, les auteurs qui exigent une condamnation pour dol, citent encore quelques textes en leur faveur.

C'est ainsi qu'ils invoquent le fragment d'Ulpien déjà cité : « non de perfidia agitur sed de calculo, qui fere « *judicio solet dirimi.* » Si l'action contraire n'entraîne pas l'infamie, pour ce motif que la condamnation y a seulement pour objet le règlement d'un compte et n'implique point la constatation d'une fraude ; pourquoi, à propos de l'action directe, ne pas donner la même solution, quand l'ayant cause n'est coupable d'aucune perfidie ? « *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.* » D'ailleurs ne voit-on pas les actions contraires elles-mêmes aboutir à l'infamie, lorsque la condamnation a sa cause dans un dol ?

Mais le texte, que les partisans de cette opinion trou-

1. XVIII. 8 § 8-13.

vent le plus convaincant, est le suivant : « suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est ; si ob culpam non æque (1). » Ce texte, s'occupant du tuteur suspect qui perd ses fonctions (*remotus*), le déclare infâme si l'exclusion est prononcée pour cause de dol, mais décide que l'infamie n'est pas encourue, si l'exclusion n'a lieu que pour une simple faute. S'il en est ainsi dans un cas aussi grave que celui qui motive le renvoi d'un tuteur, cela doit être vrai, *a fortiori*, quand ce même tuteur est seulement soumis, son ministère terminé, à l'action de compte ; et si cette théorie est acceptée relativement à la tutelle, on ne voit pas pourquoi la solution serait différente pour les contrats similaires.

L'opinion contraire invoque la généralité des termes de l'édit : « infamia notatur qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi damnatus erit », et un texte des Institutes, le § 2 du titre intitulé *De pæna temere litigantium* qui est conçu dans le même sens. On ajoute encore que le fait seul, de la part du défendeur, de se laisser traduire en justice au lieu de payer volontairement, constitue une *temeritas litigandi* qui peut être qualifiée de dolosive.

Quant à l'objection de Doneau, elle est susceptible d'une certaine réfutation. D'abord pour l'action *depositi*, le défendeur pouvait éviter la condamnation en exécutant le *jussus* donné par le juge ; s'il s'obstinait dans son refus, il n'était donc pas excusable. Pour l'action de mandat, action essentiellement de bonne foi, il était certain que, dans le cas exposé par Doneau et que nous avons mentionné, le juge n'aurait pas prononcé de condamnation.

1. Inst. II, 26 § 6.

Au reste, il semble bien résulter, de certains passages des discours de Cicéron, que la faute commise par le mandataire suffit pour infliger l'infamie : « in minimis
« rebus qui mandatum neglexerit, turpissimo iudicio
« condemnetur (1). » Puis, dit encore l'orateur autre part : « in privatis rebus, si quis rem mandatam non
« modo malitiosius gessisset sui quæstus aut commodi
« causâ, verùm etiam negligentius, eum majores sum-
« mum admississe decus existimabant ; itaque mandati
« constitutum est iudicium non minus turpe quam fur-
« tum. » *Negligentius*, ce mot ne désigne-t-il par ici la faute comme celui de *malitiosus* le doit ?

Enfin à la loi 21 au Code (*Mandati vel contra*) Constantin s'exprime ainsi : « In re mandatâ, non pecuniæ
« solùm, cujus est certissimum mandati iudicium, verum
« etiam existimationis periculum. » Par où l'on voit que le mandataire court le plus grand danger pour son *existimatio* à propos d'une simple négligence. Ulpien, de même, à la loi 42 du titre du Digeste, *De verborum significatione*, semble bien décider que la simple faute est une condition suffisante dans le cas de l'action *tutelæ* pour soumettre à l'infamie. Le jurisconsulte distingue dans cette loi deux espèces de déshonneur : l'un qui résulte du droit naturel, comme celui qui naît du vol et de l'adultère ; l'autre civil (*civiliter et more civitatis*), comme celui qu'emporte une condamnation par l'action *tutelæ directæ*, et il ajoute pour expliquer que ce dernier cas est bien choisi, au point de vue de la distinction qu'il se propose, qu'on ne saurait, en droit naturel, regarder comme déshonorante une condamnation qui peut atteindre un homme capable (*homo idoneus*)... « quia natura

1. *Pro Roscio*, 39.

« *probrum non sit, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.* » Cette expression *idoneus* se prend toujours en bonne part en latin : elle désigne non seulement un homme à la hauteur des actes qu'il entreprend, mais encore bien intentionné. Or un homme réellement éclairé, ne fût-ce que sur ses propres intérêts, pourra bien commettre quelque faute, mais se gardera de s'abaisser jusqu'au dol, en connaissant les conséquences. La conclusion du texte d'Ulpien est donc que la condamnation pour une simple faute est infamante dans l'action de tutelle.

Les arguments invoqués par les partisans des deux systèmes sont également puissants ; aussi hésitons-nous à choisir entre l'une ou l'autre opinion. Un système mixte, qui nous est enseigné par M. de Savigny (1), et qui propose le mode de conciliation suivant, nous semble préférable :

1° S'il y a dol proprement dit ou fraude, ou ce qui revient au même, *lata culpa*, il n'y a pas de difficulté : la condamnation sera toujours infamante.

2° Le fait par un tuteur ou un dépositaire de refuser la restitution des biens du pupille ou des biens déposés alors même qu'ils n'auraient commis antérieurement aucun délit, est essentiellement dolosif et par conséquent infamant.

3° Il en est de même du refus, fait par le défendeur à une action arbitraire, d'exécuter le *jussus* donné par le juge. Cette *contumacia* peut ici comme ailleurs (2) être assimilée au dol et entraîner l'infamie.

4° En dehors de ces cas, la condamnation intervenue

1. *Cours de droit romain*, t. II, p. 176.

2. L. 2 § 1. D. *De in litem jur.* XII, 3.

sur les actions directes de mandat, de dépôt, de société et de tutelle n'est pas infamante. C'est ainsi que pour l'exemple cité par Doneau le mandataire quoique condamné, échapperait à l'infamie. La même solution est aisée à justifier en ce qui concerne l'action *pro socio*. En effet, la condamnation prononcée contre l'associé ne peut excéder *id quod facere potest* (1) et le bénéfice de compétence est basé sur une sorte de *jus fraternitatis* qui ne paraît guère conciliable avec l'infamie : « Tant de rigueur irait bien mal avec tant d'indulgence (1) ! »

Quant aux textes invoqués par le second système particulièrement, ils sont susceptibles d'une certaine réfutation.

D'abord pour ce qui est de la loi au Code *Mandati vel contra*, le texte en question ne nous dit pas qu'il y ait dans le cas prévu par lui, perte de l'*existimatio*, mais seulement *periculum existimationis* ; ce qui est bien différent et laisse intacte la question de savoir quand et comment l'infamie peut être encourue.

Que si nous examinons ensuite attentivement les paroles employées par Ulpien à la loi 42 au Digeste *De verborum significatione*, nous remarquons que ce jurisconsulte ne dit pas que l'action *tutelæ*, dans l'hypothèse prévue, engendre le déshonneur selon les règles du droit civil, mais *civiliter et more civitatis*, c'est-à-dire au point de vue qu'attachent les Romains à une pareille condamnation. C'est donc seulement à l'*infamia facti*, qu'il est fait allusion ici.

Enfin on peut expliquer le mot *negligentius* employé par Cicéron, quand on se rappelle qu'il y a un genre de faute, la *lata culpa*, assimilé au dol. Or, à voir la viru-

1. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n° 976.

lence avec laquelle Cicéron parle ensuite de cette trahison, qu'entraîne dans le mandat la violation de la foi promise, qui pourrait douter d'une allusion, non pas à ces fautes dont l'*homo idoneus* d'Ulpien est capable, mais à cette négligence raisonnée ou stupide qui constitue le dol ?

Les dispositions que nous venons d'examiner étaient communes à tous les contrats. A côté de ces dispositions, il en était d'autres, qui étaient spécialement relatives à la tutelle. Nous en ferons l'objet d'une dernière section.

SECTION CINQUIÈME

DISPOSITIONS SPÉCIALES RELATIVES A LA TUTELLE

1° *Infamie du tuteur destitué comme suspect*. — Le tuteur n'était pas seulement soumis à l'action *tutelæ* pour la sanction de ses obligations. Il pouvait encore être poursuivi dans certains cas par une action en destitution appelée *crimen suspecti*, donnant lieu à une enquête du magistrat, du préteur à Rome, du *præses* dans les provinces, et à un décret de révocation, si l'accusation était fondée.

Le tuteur venait-il à être destitué, cette destitution qui peut être assimilée à une véritable condamnation, n'était infamante que dans le cas où elle était prononcée pour cause de dol (1). Il fallait même que le dol fût formellement prévu par le décret. La faute lourde était insuffisante pour produire ce résultat (2).

1. Inst. I. 26 § 6. *De susp. tutor.*

2. L. 3 § 18. D. 26. 10.

2° *Infamie du tuteur qui épouse sa pupille.* — Le tuteur ne pouvait épouser la pupille, dont la personne et les biens lui étaient confiés, avant qu'elle eût accompli sa vingt-sixième année, c'est-à-dire avant l'expiration du délai d'un an, qui lui était accordé pour demander la *restitutio in integrum*. Cette prohibition, édictée par un sénatus-consulte rendu sous le règne de Marc-Aurèle, s'adressait même au père du tuteur et du curateur, lorsque ceux-ci étaient *in potestate*, ainsi qu'à leur fils, leur petit-fils, leur fils adoptif et même leur affranchi. Le mariage ne devenait licite que si le père de la pupille avait autorisé son mariage, soit en consignant sa volonté à cet égard dans son testament, soit en approuvant de son vivant les fiançailles (1). Une dispense de l'empereur produisait le même effet (2).

La sanction de la prohibition consistait dans la nullité du mariage. De plus, le mari perdait par rapport à la femme le *jus capiendi ex testamento*, mais sans que cette incapacité fût réciproque. Enfin une poursuite *extra ordinem* dans laquelle était prononcée une peine que nous ne connaissons pas entraînait l'infamie comme conséquence.

Pourquoi tant de sévérité ? Dioclétien nous en donne le motif : le tuteur qui cherche ainsi dans le mariage avec sa pupille un moyen détourné de ne pas rendre son compte est présumé avoir eu des fraudes à cacher (3) : « quia hujusmodi conjunctione fraudem administrationis tegere laboravit. »

Dans le cas, où le mariage était contracté avec le fils

1. LL. 36 et 66. D. 23. 2. *De ritu nuptiarum*.

2. L. Code. 5. 6.

3. L. 7. eod. tit.

du tuteur ou du curateur, le point de savoir si l'infamie frappait à la fois le père et le fils a été controversé.

Le texte applicable à cette espèce est ainsi conçu :
« Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam
« intra vicesimum et sextum annum non desponsatam
« a patre, nec testamento destinatam, ducat uxorem, vel
« eam suo filio jungat; quo facto uterque infamatur, et pro
« dignitate pupillæ extra ordinem coercetur: nec interest
« filius sui juris an in patria potestate est (1). » Le sens
de ce texte paraît tout d'abord amphibologique. On se
demande, à première vue, à qui serapporte le mot *uterque*.
Est-ce au père et au fils? Est-ce au tuteur et au curateur?
Nous admettons, pour notre part, que le mot *uterque* ne
peut viser que ces derniers, qui, ayant eu seuls intérêt à
la fraude, ont pu seuls s'en rendre coupables. Notre so-
lution peut d'ailleurs s'appuyer sur deux textes impor-
tants. Dans l'un de ces textes, Paul nous dit formelle-
ment : « qui jussu patris duxit, non notatur (2); » dans
l'autre, que nous avons déjà cité en partie (loi 7. Code. *De*
interd. matrim. 5. 6), Dioclétien s'exprime ainsi : « Si tu-
« tor vel curator pupillam, vel adultam quondam suam
« sibi, vel filio suo, nullo divino impetrato beneficio,
« in matrimonio collocaverit, manet infamia contra eum,
« etc. »

Ces deux textes n'étant pas contredits par d'autres,
nous estimons que dans l'hypothèse dont parle Paul, le
fils n'encourait pas l'infamie.

Une observation commune s'impose pour toutes les
actions infamantes que nous avons mentionnées jus-
qu'ici.

1. L. 66. D. 23. 2.

2. L. 12. D. 3. 2.

Les procès infamants sont scandaleux, lorsqu'ils interviennent entre des personnes unies par les liens du sang ou les devoirs de la reconnaissance. Aussi le préteur s'appuyant, particulièrement sur l'opinion publique, qui réproouve en général les querelles et les procès domestiques surtout ceux d'où l'une des parties risque de devenir infâme, ne tarda pas à refuser la formule d'une action infamante :

1° Au descendant contre son ascendant (1).¹

2° A l'affranchi contre son patron, sa patronne, et contre les enfants ou les parents de son patron ou de sa patronne (2);

3° Entre époux.

En pareil cas, l'action était *in factum* et n'entraînait pas l'infamie.

L'action infamante était exceptionnellement accordée dans deux cas :

1° Le père qui avait dérobé un objet appartenant au pécule *castrense* de son fils était soumis à l'action *furti* (3);

2° Dans le cas où le patron avait fouetté son affranchi et lui avait ainsi infligé une injure très grave, l'affranchi pouvait agir par l'*actio injuriarium* (4).

1. L. 2. D. 37. 15.

2. L. 5. D. eod. tit.

3. L. 52 § 6 D. 47. 2.

4. L. 10 § 12. D. 2. 4.

CHAPITRE II

Des cas d'infamie résultant d'un simple fait ou d'une série de faits.

Ces cas diffèrent des précédents en ce qu'une condamnation n'est plus nécessaire pour que l'infamie soit encourue. Cette dernière déchéance est attachée ici à tel acte ou tel métier prévus par l'édit ou par la loi, de sorte qu'il suffit pour l'encourir d'avoir commis un acte de cette nature, d'exercer un semblable métier.

En droit moderne, nous ne pourrions pas comprendre qu'une déchéance résulte autrement que d'un jugement. A Rome, au contraire, où l'usage et les mœurs exerçaient un pouvoir considérable dans le domaine législatif, la privation *ipso facto* de certains droits, à raison de l'accomplissement d'un acte honteux ou de l'exercice d'une profession dégradante, ne doit pas sembler trop extraordinaire. D'ailleurs les faits d'infamie immédiate étaient le plus souvent faciles à constater ; alors l'infamie qui s'y attachait était aussi de notoriété publique. Le fait était-il caché, rendant ainsi incertaine l'*existimatio* du coupable, une condamnation pouvait intervenir sur la dénonciation du fait par les parties intéressées. Dans ce cas, la condamnation n'était qu'un moyen de preuve ; ce n'était pas elle, mais le fait prouvé qui entraînait l'infamie.

Nous diviserons les cas d'infamie immédiate en deux catégories : la première comprenant ceux que le préteur avait énumérés dans l'édit ; la seconde ceux qui furent dans la suite créés par les constitutions impériales,

SECTION PREMIÈRE

ACTES MENTIONNÉS DANS L'ÉRIT DU PRÉTEUR

§1. — Renvoi d'un soldat de l'armée pour cause ignominieuse.

Le soldat romain pouvait quitter l'armée par suite de trois congés : *a*) le congé honorable (*causa honesta*), accordé à ceux qui avaient accompli la période de service pour laquelle ils s'étaient engagés, ou même à ceux qui, n'ayant pas rempli le temps de leur engagement, en avaient été dispensés par le prince; *b*) le congé motivé (*causa causaria*), basé sur un motif qui exemptait du service militaire, telle qu'une mauvaise santé (*propter valetudinem*); *c*) enfin le congé ignominieux (*causa ignominiosa*), prononcé par le général ou son délégué (*cui de re statuendi potestas fuerit*), et qui, à la différence des deux autres congés, était infamant (1).

Les motifs d'exclusion étaient appréciés librement et souverainement par le général ou son délégué. Les textes citent des renvois pour mutilation volontaire, tentative de suicide et actes de trahison. Mais ces motifs qui nous sont énoncés au Digeste (2) ne doivent être considérés à ce titre que comme des exemples. De même encore, le soldat condamné en vertu de la *Julia de adulteriis* était délié de son serment pour cause d'ignominie par le jugement de condamnation et encourait l'infamie.

A qui pouvait être infligé le congé ignominieux? Ulpien nous apprend qu'il pouvait l'être aux militaires de tout grade, depuis le simple soldat jusqu'au centurion, et même jusqu'au préfet ou au tribun, soit de la cohorte, soit de la légion. Pomponius va jusqu'à dire que le général lui-même (*qui exercitui præest*) pouvait en être

1. L. 2 § 2. D. 3. 2; — L. 13 § 3. *De re militari*.

2. L. 49 § 16. *De re militari*.

atteint, bien qu'il fût revêtu des insignes du consulat, *licet consulibus insignibus utitur*. Dans ce cas, l'exclusion était prononcée par le prince, qui ajoutait que le renvoi avait lieu pour cause d'ignominie, *ignominia causâ se mittere*. Lorsque cette mention n'était pas faite, ou, d'une manière plus générale, lorsque le prince nommait un successeur sans témoigner son mécontentement, l'infamie n'était pas encourue (1).

La *missio ignominiosa* pouvait s'exécuter de diverses manières : tantôt par la dégradation militaire (*exauctoratio*), ou enlèvement des armes et des insignes, du baudrier et du ceinturon ; tantôt par la *sacramenti solutio*, qui déliait le soldat du serment qu'il avait prêté en arrivant au corps ; tantôt par la simple appellation de *quiris* ; tantôt enfin par l'expulsion du soldat hors du camp, en exprimant que le motif de son renvoi n'est ni une *causa causaria*, ni une *causa honesta*. Mais ces formes diverses n'exerçaient aucune influence sur l'effet infamant du congé ignominieux.

A partir de quel moment l'infamie était-elle encourue ? Était-elle attachée à la décision du général, ou bien au fait d'indiscipline lui-même qui la motivait ? Ne résultait-elle pas plutôt de l'exécution de la décision ? La question est controversée. Ceux qui pensent que la décision du général était seule infamante remarquent qu'elle présentait quelque analogie avec une sentence judiciaire, et à l'appui de leur opinion citent un passage de la Table d'Héraclée : « *Quemve imperator ignominia causâ ab exercitu decedere jussit jusserit.* » L'infamie serait donc ici *mediata*, la décision du général jouant le rôle d'une sentence. Nous rejetons cette opinion, car le texte

1. L. 2. D. 3. 2.

de l'édit : « notatur... qui dimissus est », semble bien indiquer, au contraire, que l'infamie n'était attachée qu'à l'exécution de la décision. Quant au fait qui pouvait modifier la décision, le préteur n'en parle pas.

Au reste, la question n'a pas une grande importance, l'exécution devant suivre de très près la décision.

Les militaires congédiés ignominieusement ne pouvaient ni résider à Rome, ni faire partie de la suite de l'empereur (1).

§ 2. — Art théâtral.

La profession du théâtre, très honorée en Grèce, subissait à Rome la déconsidération générale.

Les Romains entendaient par théâtre : tout lieu public ou privé, où l'on se donne en spectacle à des hommes assemblés, dans le but de les distraire : « ludo-rum faciendorum causâ » (2); et déclaraient infâmes tous ceux qui jouaient ou déclamaient dans un pareil lieu et entiraient un bénéfice pécuniaire (*quæstus causâ*). C'était le cas des comédiens, des gladiateurs. Les mineurs seuls échappaient à l'infamie, en vertu d'un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien (3). De même y échappaient encore ceux qui, ayant loué leurs services pour se donner en spectacle, n'avaient pas donné suite à leur projet : « quia non est ea res adeo turpis, ut etiam consilium puniri debeat (4). » Cette disposition de faveur ne s'appliquait pas toutefois à ceux qui avaient loué leurs services pour combattre les bêtes féroces, et qui étaient notés *sive depugnaverint, sive non* (5).

1. L. 2 § 4. D. 3. 2.

2. L. 2 § 5. D. eod. tit.

3. L. 21. Code. *Ex quib. caus. inf.*

4. L. 3. D. 3. 2.

5. L. 1 § 6. D. 3. 1.

Le fait de jouer *quæstus causâ* entraînait seul l'infamie. Cette flétrissure n'atteignait pas ceux qui jouaient pour se divertir. C'est ainsi que les *Atellanes* furent même l'un des amusements favoris des jeunes gens appartenant aux familles les plus aristocratiques de Rome (1). La même exception s'imposait aussi pour les athlètes, qui descendaient dans le cirque plutôt pour montrer leur courage (*virtutis causâ* ou *honoris causâ*).

Enfin n'étaient pas non plus notées d'infamie certaines personnes, qui bien que recevant un salaire dans les jeux ou les théâtres, remplissaient un rôle qu'on ne considérait pas comme déshonorant. Tels étaient les *thymelici* ou musiciens de l'orchestre, les *xystici* ou athlètes s'exerçant à leur profession sous les portiques, les *agitatores* ou conducteurs de chars dans les courses, les employés chargés de prendre soin des chevaux après les courses (*qui aquam equis spargunt*), les *designatores*, βεξευται, dont les fonctions consistaient à organiser les jeux, à les présider, à décerner les prix, et qui remplissaient ainsi un *munus publicum*.

§ 3. — Proxénétisme.

L'édit déclarait infâme *qui lenocinium fecerit*, c'est-à-dire celui qui tenait un lieu de débauche, soit ouvertement, soit clandestinement, par exemple comme accessoire d'une auberge ou d'un établissement de bains. De même encourait l'infamie, après son affranchissement, l'esclave qui avait dans son pécule des femmes de la prostitution desquelles il avait tiré profit (2).

Quant aux prostituées elles-mêmes, nous aurons à examiner plus tard, si elles étaient déclarées infâmes au

1. Tite-Live, VII, 2. — Val. Max., XI, 4 § 4.

2. L. 4 § 3 D. 3. 2.

sens légal du mot. D'après un rescrit de Sévère, une esclave devenue libre n'est point notée uniquement pour avoir été prostituée par son maître durant sa servitude (1). Un texte ne semble-t-il pas décider *a contrario* que, si une femme libre se livre à la prostitution, l'infamie doit être la conséquence de son métier honteux ? Nous examinerons cette question, en traitant de l'application de l'infamie aux femmes.

§ 4. — Violation de l'année de deuil imposée à la veuve.

Les Romains avaient sur le deuil des idées bien différentes des nôtres. Tandis que, pour nous, le fait de prendre le deuil n'est nullement obligatoire, et ne constitue qu'un devoir moral et de convenance, à Rome ce devoir n'était pas seulement commandé par le respect dû à la mémoire des parents, c'était encore une obligation imposée par les lois et remontant aux temps les plus reculés.

Numa, d'après Plutarque, aurait, le premier, ordonné le deuil aux parents du défunt. « Il (*Numa*) régla aussi
« la durée du deuil, suivant l'âge des personnes pour
« qui on le portait. Il le défendit pour un enfant au-des-
« sous de trois ans ; depuis cet âge jusqu'à celui de dix,
« il le fixa à autant de mois qu'on avait vécu d'années ;
« mais le plus long deuil était de dix mois ; on ne le
« portait, pour personne, au delà de ce terme, à quelque
« âge que l'on fût mort ; c'est le temps que les veuves le
« portent pour leur mari. Il avait ordonné que la femme
« qui se remarierait avant ce temps sacrifierait une
« vache pleine (2). »

Ce passage est confirmé par l'extrait suivant des frag-

1. 24. D. 3. 2.

2. *Vie de Numa*, chap. xv. — De même, Ovide, *Fastes*, I, 27 ; — Sénèque, *Epist.* 27.

ments du Vatican, § 324 : « Lugendi autem sunt parentes
« anno, item liberi majores x annorum æque anno. Quem
« annum decem mensuum esse Pomponius ait; nec leve
« argumentum est annum x mensuum esse, cum mi-
« nores liberi tot mensibus elugeantur, quot annorum
« decesserint usque ad trimatum : minor trimo non lu-
« getur, sed sublegetur; minor anniculo neque lugetur,
« neque sublegetur. »

La contravention aux lois sur le deuil entraînait-elle l'infamie? Nous avons, sur cette question, deux fragments opposés. L'un, de Paul, émet l'affirmative : « Pa-
« rentes et filii majores sex annis anno lugeri... qui con-
« tra fecerit infamium numero habetur (1) » ; le second, d'Ulpien, contredit formellement la thèse de Paul : « Pa-
« rentes et liberi utriusque sexus, necnon et cæteri
« agnati vel cognati, secundum pietatis rationem vel
« animi sui patientiam, prout quisque voluerit, lugendi
« sunt. Qui autem non eluxit, non notatur infamiâ (2). »
Nous ne croyons pas qu'il soit possible de concilier ces deux textes. Nous devons ajouter, toutefois, que le texte d'Ulpien nous semble préférable et nous paraît le plus près de la vérité : la violation du deuil ne fera donc encourir l'infamie que par exception.

A l'appui de notre opinion, nous ferons remarquer que le texte de Paul ne présente presque aucune disposition qui ne soit contredite par d'autres textes ; au reste, les Sentences ne doivent être acceptées qu'avec certaines réserves, à cause de l'incertitude de la restitution de Cujas, d'après l'unique *Codex Vesontinus*. Enfin, on peut observer que Paul n'affirme pas l'existence d'un principe

1. Sent., I. 21 § 13.

2. L. 23. D. De his qui not.

bien certain, puisqu'il n'emploie que le mot *habetur*.

L'exception signalée, nous la trouvons dans le cas de veuvage de la femme. La femme dut porter le deuil de son mari comme celui de ses parents, pendant le temps fixé par la coutume, *tempus quo elugere virum moris est*. Par suite, elle dut toujours, par raison de convenance, s'abstenir de se remarier pendant ce délai. Un peu plus tard, cette raison ne fut plus la seule. Il fut bientôt défendu à la femme de contracter un second mariage avant un certain délai, afin d'éviter la confusion de part, *propter turbationem sanguinis*, et, si celle-ci contrevenait à cette disposition, dont les lois Papiennes nous offrent le premier exemple, elle était traitée comme *mulier famosa* par ces mêmes lois. L'édit du préteur, de son côté, nous montre la même préoccupation de la part du législateur : « Prætor enim ad id tempus se retulit, « quo vir elugeretur, qui solet elugeri, propter turbationem sanguinis (1). »

Cette idée étant devenue prédominante, la prohibition concernant le second mariage de la femme ne devait plus s'appliquer, lorsqu'il n'y avait pas lieu de craindre la confusion de part. C'est ainsi que le mariage était permis, si la veuve accouchait pendant le temps du deuil. De même encore, le contrat de fiançailles ne lui était pas défendu. Quant au mari survivant, aucun délai ne lui était imposé pour contracter une nouvelle union.

Mais en dehors du cas d'accouchement, le mariage était toujours interdit à la veuve : peu importe que le mari fût dans des conditions telles, que d'après les usages antiques, ses parents n'eussent pas été obligés de porter le deuil, *quem more majorum lugeri non oportet*. C'est

1. L. 11 § 1. D. eod. tit.

ce qui arrivait notamment, nous dit Nératius, pour les ennemis extérieurs (*hostes*), pour les *perduellionis damnati*, ou encore pour certains suicidés, qui s'étaient donné la mort pour se faire justice après quelque mauvaise action (*malâ conscientiâ*), *non tædio vitæ*, ajoute le jurisconsulte : la philosophie ancienne ne trouvant aucun déshonneur dans la mort volontaire de ceux qui ne pouvaient plus supporter le poids de l'existence (1).

On peut se demander quel était le temps fixé par la loi, le *legitimum tempus* auquel le préteur fait allusion. La durée de ce temps fut variable. Elle resta longtemps de dix mois. Une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, rendue en 381, porta enfin le délai à douze mois (2). Paul nous apprend qu'on demandait souvent des dispenses à l'empereur, *ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat* (3). Le jurisconsulte n'ajoute pas dans quelles circonstances ces dispenses pouvaient être accordées. Une constitution de Gordien paraît dire qu'elles étaient toujours refusées : « non « etiam intra tempus, quo his elugere maritum moris « est, matrimonium contrahere permittitur (4). »

Quant aux personnes notées d'infamie pour avoir participé aux secondes noces, la loi a dû subir des changements sur ce point, car les textes présentent plusieurs obscurités.

La difficulté est née particulièrement de la confrontation de la loi 1 du titre du Digeste : *De his qui notantur infamiâ* avec le § 320 des *Fragmenta Vaticana*.

Nous mettons ici ces deux fragments en regard :

1. L. 11 § 3. D. eod. tit.

2. L. 2. Code. 5. 9.

3. L. 10. D. *De his qui not.*

4. L. 15. Code. *Ex quib. caus.*

Texte du Digeste.

Texte des *Fragmenta*.

NOTATUR

Qui eam, quæ in potestate ejus esset, genero mortuo, cum mortuum esse sciret, intra id tempus quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit ; — eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus in cujus potestate est ; — et qui eum quem in potestate haberet, eam de quâ supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit.

..... qui eam quam in potestate habet, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret,

in matrimonio collocaverit ; — eamve sciens uxorem duxerit ;

et qui eum quem in potestate haberet, earum quam uxorem ducere passus fuerit.

quæ virum, parentem, liberosve suos uti mos est non eluxerit, quæ cum in parentis sui potestate non esset, viro mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus quo elugere virum moris est, nupserit.

Ainsi la veuve remariée n'est point déclarée infâme par l'édit ; les fragments, au contraire, nous disent formellement que cette flétrissure était encourue par elle, non seulement lorsqu'elle se remariait avant l'expiration du délai fixé par la loi, mais encore lorsqu'elle n'observait pas les règles générales sur le deuil. Cette différence de rédaction peut s'expliquer d'une façon assez satisfaisante.

Nous verrons, en effet, que pendant fort longtemps il ne fut pas question d'infamie pour les femmes, ce qui se comprend par la nature des déchéances qu'elle entraînait : incapable au point de vue politique et au point de vue judiciaire, la femme ne pouvait être atteinte par des prohibitions concernant ces deux ordres d'idées. Le silence de l'édit n'a donc rien que de très naturel. Quant à la version des *Fragmenta Vaticana*, elle a trait à une époque postérieure. L'infamie, d'abord réservée aux hommes, atteignait, dans certains cas, les femmes, au moment où a été faite la retouche ou la transcription.

Dès lors, celles-ci n'avaient plus raison d'être omises. Aussi voyons-nous Justinien, traitant des secondes noces dans la Nouvelle 22, chap. xxii, confirmer purement et simplement le texte des fragments, en déclarant, entre autres pénalités, que le mariage prématuré, c'est-à-dire contracté *ante annale tempus*, entraînera l'infamie pour la veuve.

Les *Fragmenta* semblent décider, avons-nous dit, que cette sanction existait pour les femmes, alors même qu'elles n'auraient fait que contrevenir aux règles générales sur le deuil, en ne respectant pas le deuil de leurs parents et de leurs enfants. Peut-être en fut-il ainsi, lorsque l'infamie commença à leur être appliquée. Mais un point certain, c'est que cette infamie, qui sanctionnait en quelque sorte l'obligation de porter le deuil, fut de courte durée. Une constitution de Gordien, rendue en 240, vint l'abolir complètement (1).

A côté de la veuve, trois catégories de personnes, qui nous sont indiquées par l'édit et les fragments, pouvaient être notées d'infamie à l'occasion d'un mariage contracté pendant les délais légaux de viduité :

1° *Le père de la veuve, qui ayant sa fille sous sa puissance, avait consenti au mariage.* — Mais il fallait qu'il eût agi sciemment, c'est-à-dire qu'il eût laissé passer outre au mariage avant l'expiration de l'année de viduité, bien que connaissant l'époque de la mort de son gendre.

2° *Le second mari.* — Lui aussi devait avoir agi sciemment, n'avoir pas ignoré que les délais de viduité n'étaient pas écoulés. De plus, si étant *alieni juris*, il n'avait contracté mariage que sur l'ordre ou avec l'autorisation tacite de son père, il échappait encore à l'in-

1. L. 15. Code. 2. 12.

famie, qui rejaillissait dans ce cas sur le *paterfamilias*. Il n'était même pas noté, alors que, devenu *sui juris*, il n'aurait pas divorcé; le moment même du mariage étant uniquement considéré au point de vue de l'application de l'infamie.

2° *Le père du second mari*. — Nous venons de voir que le *paterfamilias*, qui avait ordonné à son fils de se marier, ou qui s'était borné à ne pas empêcher le mariage, était seul noté d'infamie. Mais il n'en était ainsi que s'il avait agi *ab initio*. La simple ratification d'une semblable union n'était point infamante (1).

Pour terminer ce que nous avons à dire sur cette législation concernant le deuil, nous mentionnerons deux cas d'infamie établis en 526 contre les femmes veuves par Justinien, car les faits incriminés sont assimilés par lui à une violation de la loi du deuil.

En premier lieu, il déclare infâme la mère tutrice de ses enfants, qui se remarie avant d'avoir rendu ses comptes et d'avoir provoqué la nomination d'un nouveau tuteur (2).

En second lieu, il afflige la même peine à toute veuve à qui il naît, durant l'année de deuil, un enfant non protégé par la présomption : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* » (3). »

§ 5. — Bigamie et doubles fiançailles.

Les Romains, n'admettant que la monogamie, considéraient comme un crime très grave le fait de contracter un second mariage avant la dissolution du premier et y

1. LL. 12 et 13 pr. D. 3. 2.

2. Nov. 22, chap. XL.

3. Nov. 39, chap. II.

attachaient des peines très sévères. Le bigame, en supposant qu'il fût *sui juris*, était infâme de plein droit et sans jugement (1) ; de plus certaines peines corporelles étaient prononcées contre lui.

Les personnes, qui avaient conclu un second mariage, étaient-elles *alieni juris*, l'infamie atteignait :

Le père de la femme.

Le père du mari, à moins que le mariage ne se fût célébré soit à son insu, soit malgré son opposition.

Le mari, à moins que son père n'eût conclu le mariage sans lui, ou qu'il ne l'eût contraint ou poussé à le conclure.

Pour les motifs déjà déduits, l'infamie ne pouvait atteindre la femme ; c'est ce que nous montre le texte de l'édit, confirmé par un autre texte (2) : « cum etiam « in edicto prætoris hujusmodi viri infamia notati sunt. »

Bien que le texte portât : « bina sponsalia, binasve nuptias », il régissait néanmoins celui qui, pendant qu'il était marié, contractait des fiançailles avec une autre personne ou réciproquement. Peu importait aussi que le second mariage fût nul ou impossible à cause de la situation réciproque ou des relations de parenté des parties, car on considérait ici le fait et non le droit.

SECTION DEUXIÈME

CAS D'INFAMIE CRÉÉS PAR LES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES

Nous indiquerons sommairement ces différents cas.

L'infamie frappait de plein droit :

1. L. 1. D. *De his qui not.*

2. L. 2. Code. *De incest. et inut. nupt.*

1^o Le juge, pour certaines fautes commises dans l'exercice de ses fonctions :

a) Jugement inique rendu par faveur ou par corruption (1) ;

b) Omission volontaire de certaines pièces, dans le dossier envoyé à l'empereur, d'une cause dont est appel (2) ;

c) Défaut de surveillance contre les geôliers qui maltraitaient les individus en prison préventive (3) ;

d) Torture infligée à un décurion (4) ;

e) Défaut de poursuite ou punition trop minime contre une personne convaincue d'un crime de violence. (Constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius en 390.)

2^o L'avocat qui s'était rendu coupable d'injures dans le cours d'un procès (L. 6 § 1. Code. 26.)

3^o L'avocat du fisc, qui avait assisté, dans un procès contre le fisc, une personne autre que l'un de ses enfants, de ses petits-enfants ou de ses affranchis (L. 10. pr. D. 3. 1).

4^o L'appelant qui avait injurié le juge d'appel (L. 42. D. 47. 10), ou qui succombait en appel (L. 19. Code. 7. 62).

5^o Le majeur de vingt-cinq ans, qui avait violé un pacte *de non petendo*, ou une transaction librement consentie par lui sous la foi du serment, soit en sollicitant le juge, soit en adressant des suppliques au souverain, soit en ne tenant pas les promesses qu'il avait faites (L. 41. Code. 2. 4).

1. L. 2. Code. 7. 49.

2. L. 15. Code. 7. 62.

3. L. 1 § 1. Code. 9. 4.

4. L. 33. Code. 10. 31.

6° L'accusateur, qui par son inaction, laissait périmer une action publique (L. 6 § 3. D. 50. 2).

7° Le contumax, en cas de *crimen publicum* (3. Code. 9. 40). Une sommation de comparaître dite *programma criminale* était lancée contre lui; ce qui le rendait *adnotatus*.

8° Les fils de celui qui « cum militibus, vel privatis, « vel barbaris scelestam inierit factionem, aut factionis « ipsius suscepit sacramentum vel dederit; de nece « etiam virorum illustrium qui consiliis et consistorio « nostro intersunt, senatorum etiam, vel cujuslibet pos- « tremo qui nobis militat, cogitaverit » (L. 5. *Ad leg. Jul. maj.* Code. 3. 8).

L'infamie n'atteignait dans ce cas ni les filles ni la femme du condamné.

9° Les usuriers et ceux qui pratiquaient l'anatocisme (L. 20. Code. 2. 12). — S'agit-il ici bien réellement d'un cas d'infamie encouru de plein droit? On pourrait en douter en présence des expressions de la loi 20. En effet, les empereurs ne disent pas : « improbum fœnus exer- « centibus infamiæ macula irrogatur », mais *irroganda est*. Cependant c'est bien au premier avis qu'il faut s'en tenir, puisque les actions *condictio indebiti, ob turpem causam vel sine causâ*, les seules qui fussent données contre l'usurier n'étaient nullement infamantes, en vertu d'une règle que nous avons déjà signalée : « cessat igno- « minia in condictioibus, quamvis ex famosis causis pen- « deant. » Les empereurs, par la façon dont ils s'expriment, veulent donc seulement donner à entendre, que, dans leur sentiment, l'usurier doit être regardé comme infâme; or la volonté de l'empereur, c'est la loi.

10° Les sénateurs, duumvirs et autres dignitaires, qui, ayant eu des enfants de femmes de bas étage, avec

qui le mariage leur est interdit, essayaient de les donner comme légitimes et de les avantager comme tels (L. 1. Code. 5. 27). Cette cause disparut sous Justinien (Nov. 89, ch. xv).

11° Celui qui, en fournissant une cachette à un décurion, lui avait permis de se soustraire à ses fonctions publiques (L. 31. Code. 10. 31).

12° Celui qui avait donné une interprétation malveillante à un rescrit ou à un privilège accordé par les souverains (L. 2. Code. 1. 14).

13° Celui qui, usurpant le titre de professeur, avait réuni les élèves dans les classes consacrées aux fonctions publiques (L. un. Code. 11. 18).

14° La personne qui adressait une *supplicatio* au prince, sans user de la voie de l'appel, quand celle-ci lui était ouverte (L. 3. Code. 1. 21).

15° D'une manière plus générale, quiconque essayait au moyen d'une *supplicatio* d'éluder la loi et d'obtenir du prince une disposition de faveur (Loi un. Code. 1. 16).

Cette dernière disposition est remarquable, en ce qu'elle paraît faire rentrer le fait qu'elle prévoit dans la définition de la brigue..... « et damnatus ambitus crimine » *« maneat infamis. »* Mais il est probable que ce fait donnait lieu à une poursuite *extra ordinem* et non à un *judicium publicum ambitus*; l'empereur ne créant pas des *judicia publica*, mais des *judicia extraordinaria*.

16° Le tuteur ou le curateur qui ne faisait pas inventaire (L. 13 § 1. Code. *Arbit. tut.*).

17° Enfin le débiteur qui ne faisait pas volontairement cession de biens à ses créanciers.

Nous nous étendrons plus particulièrement sur ce dernier cas, à raison de son importance.

Tant que la procédure primitive et sévère des *legis actiones* fut en usage, les créanciers non payés s'adressèrent directement à la personne de celui qui était obligé envers eux. Ainsi les Romains connurent d'abord les modes de contrainte personnelle pour arriver à l'exécution des obligations. Nous ne dirons rien des voies d'exécution employées alors, procédés barbares, mais qui ne doivent pas étonner chez un peuple à qui la charité envers le prochain était pour ainsi dire inconnue. Ces moyens ne tardèrent pas d'ailleurs à tomber en désuétude, pour faire place aux voies d'exécution réelle sur les biens. A la mise en gage de la personne du débiteur, succéda la mise en possession de son patrimoine; à la *venditio debitoris trans Tiberim* et au fameux *partes secanto* de la loi des XII Tables se substituèrent la *missio in possessionem* et la vente de ses biens (*venditio bonorum*). Les procédés étaient encore rigoureux, mais la *venditio bonorum* n'en était pas moins, malgré sa rigueur, un adoucissement et un progrès réalisés sur le droit primitif. Elle entraînait l'infamie pour le débiteur, nous dit Gaïus (1). Ce fut même probablement la raison de son remplacement par la vente en détail, qui ne produisait pas cette conséquence.

A mesure que la civilisation faisait son œuvre, on dut tendre, en effet, à adoucir de plus en plus le sort du débiteur insolvable, qui peut très bien ne pas agir toujours par fraude.

Quoi qu'il en soit, du moment où la *bonorum venditio* existait, le débiteur malheureux n'avait qu'un seul moyen de prouver sa bonne foi : c'était de faire l'abandon de tous ses biens à ses créanciers. En opérant cette *cessio*

bonorum permise par la loi *Julia judiciaria* rendue sous Auguste, il échappait aux conséquences les plus dures de la *venditio bonorum* et notamment à l'infamie.

Nous devons ajouter toutefois que cet effet important de la *cessio bonorum* ne se produisit peut-être pas tout d'abord. La raison de notre doute se trouve dans un passage d'un discours de Cicéron *pro Quinctio* § 15, où nous voyons l'infamie attachée à la *missio in possessionem* elle-même. Comme cette formalité se trouvait dans la procédure de la *bonorum venditio* comme dans celle de la *bonorum cessio* (1), on est naturellement porté à croire que, dès le principe, le débiteur encourait l'infamie par le seul fait de son insolvabilité, sans qu'il y eût à distinguer la voie d'exécution employée par les créanciers. Cette manière de voir peut même trouver un point d'appui dans une disposition de la *lex Julia municipalis* excluant du sénat : « qui sponsoribus creditoribusve « suis renuntiavit se solidum solvere non posse aut cum « eis pactus est se solidum... etc. »

Mais un point certain, c'est que la *bonorum cessio* n'était plus infamante à l'époque d'Alexandre Sévère. Nous avons, en effet, une constitution de ce prince, qui nous déclare formellement que : « debitores qui bonis cessere-
« rint, licet ex eâ causâ bona eorum venierint, infames
« non fiunt. » Il est vrai que la Nouvelle 135 semble contredire notre affirmation, en ce que certaines expressions, qui y sont employées, pourraient être considérées comme synonymes d'infamie : D'après la Nouvelle, le débiteur serait soumis ἀρχημοσύνης ὀνειδισμῶ (2) et mènerait ἀρχήμονα τὸν βίον (3). Mais tout porte à croire que le texte ne fait

1. Gaius, III. 78 et 79.

2. *Ignominia opprobrio, contumelia opprobrio.*

3. *Ignominiosam vitam, indecentem vitam.*

allusion qu'à la *honte*, dont peut se couvrir celui qui ne solde pas complètement ses créanciers.

Revenons à la *venditio bonorum*. Elle n'entraînait pas seulement l'infamie contre le débiteur vivant : celui qui laissait une succession obérée et dont les biens étaient vendus par les créanciers pour obtenir un paiement dans la mesure de l'actif réalisé, ne pouvait y soustraire sa mémoire que par des moyens indirects et, disons le mot, souverainement injustes.

Les esclaves, on le sait, formaient à Rome une classe avilie, réduite au rôle d'instruments d'utilité, de plaisir ou de vanité (1). Tombés dans la propriété du maître, ils subissaient tous les caprices de ce dernier, dont ils n'étaient que la chose. Une des plus grandes injustices que le maître pouvait commettre à leur égard nous est révélée par les textes : Un débiteur insolvable, n'ayant ni héritier, ni *bonorum possessor*, ni autre successeur universel tenu de payer l'intégralité de ses dettes, pouvait éviter que le déshonneur résultant de la vente de ses biens ne fût infligé à sa mémoire en instituant son esclave comme héritier nécessaire et en l'affranchissant dans son testament (2). L'esclave ainsi institué, même malgré lui, *sive velit, sive nolit*, représentait la personne du défunt et devenait propriétaire des biens acquis en succession. Il n'était plus question désormais du défunt, qui cependant ne pouvait être que le seul coupable, comme ayant seul traité avec les créanciers. L'esclave en revanche voyait son nom figurer aux affiches, restait soumis à toutes les poursuites du créancier et encourait le déshonneur et l'infamie. Procédé bizarre employé par le maître pour

1. Ortolan, *Législ. rom.*, tome II, p. 36.

2. Gaius, II § 153. — Inst. II, XIV § 1.

échapper à une honte justement méritée parfois, et qui nous montre combien le droit romain faisait peu de cas de la justice dans certaines circonstances ! Aussi quelques jurisconsultes avaient-ils essayé de réagir contre une semblable doctrine, notamment Sabinus, dont l'opinion nous est rapportée par Fufidius, et qui estimait que l'héritier nécessaire doit être libéré de l'infamie, parce que ce n'est point par son vice, mais par une nécessité de droit, qu'il endure la perte des biens : « quia non vitio »
« suo, sed necessitate juris bonorum venditionem pate- »
« retur (1). » Mais cette tentative heureuse n'aboutit pas. C'est Gaïus qui nous l'apprend : « sed alio jure utimur. »

L'esclave institué héritier nécessaire pouvait encore, outre la condition d'infâme, se trouver dans une situation fort embarrassante. Dépouillé de tout l'actif, il restait débiteur de tout l'excédent du passif, et comme tel se trouvait toujours en butte aux poursuites des créanciers. Le préteur, justement touché de cet état de choses, finit par lui accorder le *jus separationis*, ou bénéfice de séparation. Le résultat le plus saillant de cette innovation fut que l'institué, affranchi de toute obligation personnelle envers les créanciers héréditaires, se trouva désormais à l'abri de leurs poursuites sur ses biens à venir.

Le préteur aurait dû aller plus loin dans la voie des réformes en décidant que l'infamie ne serait plus encourue. Il ne le fit pas ; jugeant peut-être que l'institué n'avait pas à se plaindre de son nouvel état, qui malgré l'infamie, était encore préférable à l'esclavage.

L'héritier sien et nécessaire, de même que l'esclave institué, était considéré comme continuant la personne du défunt. Lui aussi se trouvait donc soumis à toutes

1. Gaïus, II § 154.

les conséquences de l'insolvabilité du *de cuius* et notamment à l'infamie résultant de la *venditio bonorum*. Mais le prêteur fit davantage pour ce second héritier, en créant pour lui le *jus abstinendi* ou bénéfice d'abstention, institution différente du *jus separationis*, tant au point de vue de la forme, qu'au point de vue des effets : en la forme, car la séparation de biens devait être demandée au prêteur et obtenue par décret, tandis que l'abstention était un fait passif : l'héritier sien et nécessaire n'avait rien à demander, il lui suffisait de rester dans l'inaction, de ne se mêler en rien de l'hérédité : « non esse necesse » *prætorem adire, sed sufficit se non miscuisse hæreditati* (1) » ; au point de vue des effets, car par suite de l'abstention, aucune action, aucune poursuite ne pouvait être dirigée contre le *suus et necessarius hæres*, qui échappait ainsi à l'infamie, puisque les biens ne pouvaient être vendus que sous le nom du défunt. Nous avons vu, au contraire, que les créanciers conservaient, dans la séparation de biens, leur action contre l'héritier nécessaire, jusqu'à concurrence des biens héréditaires.

Quant à l'héritier externe, un moyen bien simple lui était donné d'échapper à toutes les conséquences qui résultaient d'une succession obérée. C'était de répudier l'hérédité, et, sous Justinien, de ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire.

1. L. 12. D. 29. 2.

CHAPITRE III

Des effets de l'infamie.

Nous avons essayé de démontrer comment l'infamie, institution traditionnelle selon toute vraisemblance, en vint à être réglementée et appliquée par deux magistrats : le préteur et le censeur, et de quelle manière les diverses situations infamantes se fondirent en une seule, l'*infamia juris* du droit classique.

Le censeur s'occupant particulièrement de la capacité politique, et le préteur de son côté ayant à réglementer la capacité judiciaire, les déchéances les plus graves, dont furent atteints ceux qui avaient forfait à l'honneur, durent forcément se rattacher d'abord à chacune de ces deux capacités.

L'incapacité politique devança-t-elle l'incapacité judiciaire ? Il est permis de le croire ; mais ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle ne tarda pas à être reléguée au second plan, pour céder la place à l'autre, lorsque le citoyen romain ne participa plus que d'une façon très indirecte à la vie politique. Bientôt même aux déchéances anciennes, vinrent s'en ajouter d'autres, qui modifièrent sensiblement le caractère de l'institution, devenue à la longue positive dans ses sources comme dans ses applications.

Nous examinerons successivement dans ce chapitre :

1° les effets politiques ; 2° les effets judiciaires de l'infamie ; son influence : 3° sur la capacité d'être témoin ; 4° sur la capacité de recevoir par testament ; 5° en droit pénal. Nous terminons notre chapitre par l'examen d'une question importante concernant l'infamie des femmes.

SECTION PREMIÈRE

DE L'INFLUENCE DE L'INFAMIE SUR LA CAPACITÉ POLITIQUE

C'est par le droit de suffrage, que chaque citoyen participe régulièrement au gouvernement de l'Etat. Mais l'exercice de ce droit ne peut être confié qu'à ceux qui s'en montrent dignes. D'après un passage de Tite-Live, et certains autres tirés des auteurs latins, il est presque permis d'affirmer que les infâmes devaient être privés du *jus suffragii*. Si nous n'avons pas de textes juridiques à l'appui de cette opinion, cela tient à ce que le droit de suffrage avait disparu depuis l'Empire. La question ne peut donc se poser que pour l'époque antérieure, et ce n'est guère que par induction, qu'on peut essayer de la résoudre.

Nous avons vu que, par le fait même de leur profession, les comédiens encouraient l'infamie. Les historiens latins nous les représentent, de leur côté, comme expulsés des tribus. Or comment expliquer ce fait, sinon par leur état d'infamie ? Voici les passages auxquels nous faisons allusion. Tite-Live et Valère-Maxime, parlant des Atellanes, genre de comédie emprunté aux Osques, font observer que ces pièces n'étaient point du domaine des histrions ; qu'elles occupaient utilement les loisirs de la jeunesse romaine, et que leur interprétation

n'entraînait point la dégradation des acteurs : ceux-ci n'étaient point repoussés des tribus, *nec tribu moveantur*, et restaient aptes au service militaire, *tanquam expertes artis ludicræ* : « Quod genus ludorum ab Oscis acceptum tenuit juvenus, nec ab histrionibus pollui passa est. Eo institutum manet, ut actores Atellanarum nec tribu moveantur, et stipendia tanquam expertes artis ludicræ faciant. (1) » — « Nam neque tribu movetur, neque a militum stipendiis repellitur (2). » De là on peut conclure, par argument *a contrario*, que ceux qui montaient sur la scène ne faisaient point partie des tribus. Or, au temps dont parlent ces auteurs, les comices par tribus avaient absorbé toute la puissance législative, et en être expulsé équivalait presque à perdre le *suffragium*.

Aux témoignages précédents, on peut ajouter celui de saint Augustin, *De civitate Dei*, XI, 13, et ce passage semble d'autant plus concluant, que l'infamie des comédiens et leur exclusion des tribus, étant ici réunies dans une même phrase, l'auteur semble avoir voulu identifier les deux choses : « cum artem ludicram sce-
« namque totam probro ducerent genus id hominum non
« modo honore civium reliquorum carere, sed etiam
« tribu moveri... voluerunt. »

Enfin Tertullien, *De spectaculis*, c. xxii, en nous disant que les comédiens à cause de leur ignominie sont chassés *curia, rostris, senatu, equite ceterisque honoribus*, nous donne aussi, lui, presque à entendre que ces mêmes comédiens ne participaient point aux assemblées du peuple.

1. Tite-Live, VII, 2.

2. Valère-Max., II, 4 § 4.

Il résulte de tous ces textes que l'infâme était probablement privé du *jus suffragii*. Nous allons démontrer qu'il l'était certainement du *jus honorum*, et ici la démonstration sera plus facile, car, à toute époque, il y eut des honneurs, sinon des candidats pour y aspirer; de plus, quelques fragments relatifs à cette partie du sujet nous ont été conservés au Digeste.

Nous invoquerons d'abord une phrase du *Pro Cluentio* déjà citée : « Turpi judicio damnati in perpetuum omni « honore ac dignitate privantur. » De même un décret du sénat nous montre l'infâme exclu de toute distinction honorifique : « et videlicet omni honore quasi infamis, « ex senatusconsulto carebit (1). » Cela est vrai, non seulement à Rome, mais partout ailleurs, dans les muni-cipes, les colonies, les préfectures, et dans ces agrégations de moindre importance que la Table d'Héraclée appelle *fora, conciliabula*. Cette Table défend aux infâmes de siéger dans le sénat local avec voix délibérative et même consultative : « Ne quis in eorum quo mu-
« nicipio, colonia, præfectura, foro, conciliabulo, in
« senatu decurionibus conscriptisque esto, neve cui ibi in
« eo ordine sententiam dicere ferre liceto. »

Par honneurs, il faut entendre les distinctions, les prérogatives, tout ce que Cicéron (2) comprend lui-même sous cette expression *ornamenta*, par exemple le droit d'assister au spectacle dans un rang privilégié.

Par dignités, toutes les charges publiques comme aussi les fonctions judiciaires dont les textes s'occupent spécialement : « Judices qui se furtis et sceleribus fue-
« rint maculasse convicti, ablati codicillorum insigni-

1. L. 1. pr. D. 48. 7.

2. *Pro Cluentio*, ch. XLVII.

« bus, et honore exuti inter pessimos quosque et ple-
« beios habeantur (1). » De même un sénatus-consulte
avait déclaré que les assesseurs infâmes seraient indi-
gnes de siéger : « Infames, licet non prohibeantur legi-
« bus adsidere ; attamen arbitror, ut aliquo decreto prin-
« cipali refertur constitutum, non posse officio adsectoris
« fungi (2). » L'infâme ne pouvait non plus être *legatus*
reipublicæ ; il y avait sur ce point un rescrit des empe-
reurs Sévère et Antonin rendu à propos d'une personne
qui avait paru dans l'arène (3).

Ce n'était pas seulement dans l'avenir que l'infamie
fermait la carrière des emplois publics, mais elle enle-
vait même les droits acquis : « Infamia quæstitum tibi
adimit honorem (4). »

La perte des honneurs, comme conséquence de l'in-
famie, persista sous la période impériale, mais avec de
grandes modifications.

La volonté d'un seul s'était alors substituée à la loi.
L'empereur, en nommant aux dignités, se constituait
par là même, seul juge de l'*existimatio* des candidats, et
il dépendait de lui, en octroyant une place, d'ouvrir ou
de fermer les yeux sur les mérites ou démérites de ces
derniers. L'infamie devint dès lors en matière politique
une question d'appréciation personnelle du souverain,
bien plus qu'une déchéance fixe de la loi. L'empereur en
arriva même à exclure des dignités non seulement les
infâmes proprement dits, mais d'autres personnes dont
l'honorabilité lui semblait douteuse : « neque famosis
« et notatis et quos scelus aut vitæ turpitudine inquinat,

1. L. 12. Code. 12. 1.

2. L. 2. D. 4. 22.

3. L. 4 § 1. D. 50. 7.

4. L. 8. Code. 2. 12.

« et quos infamia ab honestorum cœtu segregat, digni-
« tatis portæ patebunt (1). »

Il ne faudrait pas cependant aller jusqu'à dire que les infâmes cessaient d'être habiles à remplir les *munera publica*. Déchus du droit d'aspirer aux honneurs, ils n'en n'en restaient pas moins aptes à remplir les charges publiques, parce que l'exemption de ces charges, imposées à tous les citoyens, eût constitué pour eux un privilège trop précieux, et eût amélioré dans une trop large mesure leur situation. Ce point était surtout intéressant au point de vue des obligations des décurions, *curialia munera*.

Pour la même raison, on aurait dû admettre, à ce qu'il semble, que l'infâme ne devait pas être délibéré de l'obligation de faire partie de l'armée. Mais cette manière de voir n'avait pas prévalu chez les Romains, qui considéraient comme un honneur et non comme une charge le fait de servir l'État. C'est ainsi que les textes nous apprennent que le soldat congédié ignominieusement ne pouvait être réintégré dans l'armée ; que, de même on ne pouvait recevoir dans les rangs un individu condamné pour adultère ou pour un crime public quelconque (2).

C'est d'ailleurs la même idée que nous retrouvons aujourd'hui dans nos lois. Celui qui a été condamné à la dégradation civique est chassé des armées françaises de terre et de mer.

SECTION DEUXIÈME

DE L'INFLUENCE DE L'INFAMIE SUR LA CAPACITÉ JUDICIAIRE

Aux termes de l'édit du préteur, deux catégories d'in-

1. L. 2. Code, 12. 1.

2. L. 4 § 6 et 7. 49. 16.

infâmes devaient être distinguées au point de vue de la capacité judiciaire : les *turpitudine notabiles* et les individus simplement infâmes.

Les premiers étaient, comme nous avons déjà eu l'occasion de le faire remarquer, absolument incapables de postuler pour un autre que pour eux-mêmes ; par exception, dans le cas où ils étaient tuteurs ou curateurs, ils pouvaient agir en justice pour leurs pupilles ou pour les personnes soumises à leur curatelle (1). Ces infâmes étaient : les *muliebria passi*, les *capitalia crimine damnati* et ceux qui *operas ut cum bestiis depugnarent, locaverint*.

Tous les autres étaient frappés d'une incapacité de même nature, mais moins étendue : ils pouvaient plaider, selon l'énumération du préteur (2), complétée par Gaius (3) : « pro parente, patrono, patronâ, liberis parentibusque patroni, patronæ..... liberisve suis, fratre, « sorore, socero, socru, nuru, vitrico, novercâ, privigno, « privignâ, pupillo, pupillâ, furioso, furiosâ, fatuo, fatuâ, « quum istis quoque personis curator detur. » Leur incapacité disparaissait donc, à l'égard des personnes qui leur étaient unies par certains rapports de parenté, d'alliance, de patronage, de tutelle et de curatelle.

Il y avait même un cas où l'infâme pouvait se présenter en justice pour toute personne : il pouvait jouer dans une *liberalis causa* le rôle d'*assertor libertatis*. Le préteur frappait seulement ici d'une incapacité de fait les *assertores* qui lui semblaient suspects (4).

Cette règle avait sans doute été admise par faveur pour la revendication de la liberté.

1. L. 1 § 6. D. 3. 1.

2. L. 1 § 8 et 11. D. eod. tit.

3. L. 2. D. eod. tit.

4. Vat. § 324.

Le motif de l'incapacité de postuler pour autrui étant d'intérêt supérieur, l'ordre public, l'exclusion des infâmes du prétoire devait être prononcée d'office et l'incapacité ne pouvait être couverte par le consentement de la partie adverse (1).

Cette défense faite aux infâmes ne devait pas être bien gênante, semble-t-il. Qu'est-ce, en effet, que postuler pour autrui ? C'est exposer au juge la demande de son ami ou de son client, ou contredire celle de l'adversaire. La prohibition ne devait donc atteindre qu'un groupe restreint de personnes et ne s'appliquait guère qu'aux avocats, puisque c'est presque toujours à eux qu'on confie le soin de se faire représenter en justice. En raisonnant ainsi, on apprécierait mal la portée de l'édit : l'interdiction qu'il prononce produisait en effet, dans le pur droit privé certains résultats qu'on n'aperçoit pas tout d'abord, mais que nous ne tarderons pas à mentionner.

A cette première déchéance s'en ajoutait une seconde, que ne fait pas remarquer le texte de l'édit rapporté au Digeste, mais qui nous est connu par un passage des *Fragmenta Vaticana*. § 322, confirmé par les Institutes (IV. 3 § 11). L'infâme ne pouvait plaider ni comme procureur, ni *par* procureur : « Verba autem edicti hæc « sunt : alieno nomine : item per alios agendi potestatem « non faciam in his causis in quibus ne dent cognitores neve « dentur, edictum comprehendit. » Quel était le motif de cette dernière déchéance ? Ce n'était pas bien certainement le souci de la dignité du préteur, puisque l'infâme ne comparaisait pas devant lui. Peut-être n'y faut-il voir qu'un parti-pris exagéré, et décider qu'elle n'était établie que dans l'intérêt de la partie adverse.

1. L. 7. D. De postul.

Une conséquence très importante de cette double règle fut que l'infâme ne pouvait, sauf exceptions, recevoir et d'une manière absolue conférer la *procuratio in rem suam*, qui était utilisée pour arriver indirectement à la cession d'une créance. A Rome, les obligations étaient considérées comme intransmissibles, du moins à titre particulier. Les Romains, considérant, à tort ou à raison, que l'obligation était un rapport essentiellement personnel entre le débiteur et le créancier, en concluaient qu'il était impossible de supprimer ou de changer l'un des termes de ce rapport sans détruire la créance elle-même. La règle était très incommode en pratique ; aussi les jurisconsultes cherchèrent-ils divers procédés pour arriver au résultat que la nature juridique de la créance empêchait d'atteindre directement. C'est ainsi qu'ils eurent recours à l'emploi du mandat judiciaire à la *cognitio* et plus tard à la *procuratio in rem suam*. Celui qui voulait céder la créance confiait au cessionnaire l'exercice de son action et le dispensait de toute reddition de compte, c'est-à-dire lui en abandonnait d'avance le résultat. Le jour où le demandeur avait mené l'instance jusqu'à la *litis contestatio*, le droit, désormais transformé par l'effet immédiat de cette partie de la procédure, devenait sien, comme s'il l'eût toujours été. Mais pour que ce résultat se produisît, une modification devait être faite dans la rédaction de la formule : l'*intentio* devait être rédigée au nom du représenté, la *condemnatio* au nom du représentant.

Cette modification n'était pas possible pour l'infâme : nous avons dit qu'il ne pouvait plaider ni comme représentant, ni comme représenté : son nom devait donc figurer aux deux parties de la formule, ou n'y pas figurer du tout. Ainsi dans la rigueur des principes, l'infâme ne

pouvait être ni cédant ni cessionnaire de créance : « In rem suam cognitor procuratorve ille fieri potest qui pro omnibus postulat (1). »

Cette rigueur s'atténua à l'apparition des actions utiles, qui n'exigeaient plus deux noms différents dans l'*intentio* et la *condemnatio*, le demandeur plaidant à la fois en son nom et pour son compte. Dès lors, l'infâme qui avait acquis une créance, agissait utilement *suo nomine* et son nom figurait aux deux parties de la formule. Était-il cédant, son cessionnaire faisait de même. L'incapacité de l'infâme ne consistait plus désormais, qu'en ce qu'il continuait à ne pouvoir plaider soit comme mandataire *et in rem alienum*, soit par mandataire *et in rem suam*.

On peut se demander ce qui arrivait lorsque, malgré la prohibition, l'infâme avait donné ou reçu un mandat judiciaire.

Supposons le représentant irrégulièrement constitué jouant le rôle de demandeur. Le défendeur opposait deux exceptions dilatoires *ex personâ* : les exceptions *cognitoria* ou *procuratoria*, suivant la qualité de *cognitor* ou de *procurator* qu'avait le représentant à qui elles étaient opposées (2). L'exception, pour produire son effet qui était de faire repousser la demande comme présentée par une personne n'ayant pas qualité, devait être insérée dans la formule, ou, après la disparition du système formulaire, opposée au début du procès. A partir de la *litis contestatio*, l'exception était couverte (3).

Dans l'hypothèse contraire, le demandeur n'avait qu'à

1. Paul. Sent., I. 2 § 3.

2. Gaius, IV § 124.

3. L. 8 § 2. D. 3. 3.

refuser d'engager le débat, jusqu'à ce que le véritable intéressé eût changé de représentant, ou fût venu défendre lui-même.

Les exceptions *cognitoria* et *procuratoria*, absolument tombées en désuétude à l'époque de Justinien, furent pour ainsi dire supprimées par ce prince. « *Eas* « *vero exceptiones quæ olim procuratoribus propter in-* « *famiam vel dantis, vel ipsius procuratoris oppone-* « *bantur, cum in judiciis frequentare nullo modo pers-* « *peximus, conquiescere sancimus, nedum ne his alter-* « *catur ipsius negotii disceptatio proteletur* (1). »

Quelle est exactement la partie de la réforme introduite par Justinien ?

Plusieurs interprétations ont été proposées. Celle qui consiste à prétendre qu'il a voulu interdire l'usage des *exceptiones procuratoria*, seulement dans le cas où elles seraient de nature par les recherches qu'elles nécessiteraient, à entraver la marche des procès, est inconciliable avec les termes absolus de la disposition finale du texte : « *conquiescere sancimus.* »

Doit-on dire avec une autre opinion que les exceptions étaient *complètement abolies* ? Un obstacle décisif s'y oppose. Le Code dont la dernière rédaction (534) est postérieure à celle des Institutes (533) ne fait pas mention de cette abolition.

Il est beaucoup plus probable que la réforme de Justinien n'avait d'autre but que d'enlever aux parties la faculté de soulever elles-mêmes les exceptions, qui n'étaient plus employées par les plaideurs sérieux et de bonne foi, et dont on ne se servait que comme moyen de chicane, pour traîner les procès en longueur, et d'en

1. Inst. IV. 13 § 11.

remettre purement et simplement la décision à l'arbitrage du juge. Dès lors l'exception *procuratoria* ne fut plus un moyen *de droit*, mais un appel à l'équité du juge dont la décision était souveraine.

L'infamie produisait encore sur la capacité judiciaire les effets suivants :

1° L'infâme perdait le droit de porter une accusation pour crime (1), à moins que ce ne fût un crime de lèse-majesté (2) ou un crime d'accaparement de vivres. De même par exception, le *judicio publico damnatus* pouvait accuser : « si liberorum vel patronorum suorum » mortem ex judicio, vel rem suam exequatur (3). » •

2° L'infâme ne pouvait pas intenter une action populaire (4), sauf toutefois le cas où son intérêt personnel était en jeu (5).

Le motif de ces deux règles est facile à comprendre. D'après les idées romaines, celui qui intentait soit une accusation publique, soit une action populaire était réputé mandataire du peuple. Il était donc logique d'en interdire l'accès à ceux qui ne pouvaient pas représenter en justice : « Popularis actio integræ personæ permittitur, hoc est cui per edictum postulari licet » (L. 4. *De pop. act.* 47. 23.)

Si cette double règle fléchissait dans certains cas, c'est que, notamment lorsqu'il s'agissait des crimes de lèse-majesté et d'accaparement de vivres, l'intérêt public se trouvait alors engagé plus directement encore que de coutume à la répression du crime, et qu'on aurait aug-

1. L. 8. D. 48. 2.

2. L. 7. D. *Ad leg. Jul. maj.*

3. L. 4. D. *De acc.* 48. 2.

4. L. 43 § 2. D. 3. 3.

5. L. 4. D. 48. 2.

menté pour le coupable les chances d'impunité, s'il avait été interdit à toute une catégorie de citoyens de le dénoncer et de provoquer son châtimant.

De même, si l'infâme pouvait introduire une action populaire dans son intérêt, c'était pour la raison bien simple, qu'il exerçait cette action non plus en qualité de procureur du peuple, mais bien plutôt en son propre nom.

SECTION TROISIÈME

DE L'INFLUENCE DE L'INFAMIE SUR LA CAPACITÉ D'ÊTRE TÉMOIN

Le témoignage peut être envisagé sous une double face : comme moyen de preuve en justice ; comme élément essentiel pour la confection des actes publics, des testaments par exemple. Dans le premier cas, il est dit judiciaire ; dans le second extrajudiciaire.

On peut se demander si les infâmes étaient incapables de figurer comme témoins, soit en justice, soit dans les actes solennels.

S'agit-il du témoignage en justice ? La règle était que toute personne était capable de servir de témoin, à moins qu'elle n'en fût empêchée par une disposition spéciale. Les infâmes n'étaient donc pas déchus *ipso facto* du droit de témoigner (1). Par exception, le témoignage des *judicio publico damnati* et de ceux qui *ad bestias ut depugnarent se locaverint* n'était pas admis contre celui qui était accusé du crime de violence publique ou privée : « Lege Julia de vi cavetur ne hac lege in reum testimonium dicere liceret... qui *judicio publico damnatus erit*,...

1. L. 3 § 1. *De testibus*. 22. 5.

« quive ad bestias ut depugnaret, se locaverit... (1). » Il en était de même pour toutes les actions publiques, du témoignage du *repetundarum damnatus*, « qui nec ad « testamentum nec ad testimonium adhiberi potest (2). »

Au reste, la théorie des preuves légales étant inconnue à Rome, le juge avait une latitude pleine et entière pour rejeter le témoignage des personnes dont l'honorabilité lui paraissait suspecte.

En ce qui concerne les actes publics, et spécialement les testaments, la question est plus difficile à résoudre que la précédente. Cependant, ici encore, nous estimons qu'il est possible de poser en principe que toute personne était capable, pourvu qu'aucune loi spéciale ne lui eût enlevé cette capacité. La difficulté vient de la phrase suivante des Institutes : « Testes autem adhiberi « possunt ii cum quibus testamenti factio est. Sed ne- « que mulier... neque ii quos leges jubent improbos in- « testabilesque esse possunt in numero testium adhi- « beri (3). » Justinien, en parlant des *improbi* et des *intestabiles*, a-t-il eu en vue les infâmes ? Ceux-ci seront incapables de servir de témoins dans les actes publics. Au contraire, n'a-t-il pas pensé spécialement aux personnes notées d'infamie ? L'opinion contraire devra être admise.

Nous croyons qu'il est impossible de considérer comme synonymes les mots *famosi*, *improbi* et *intestabiles* ; et l'on ne voit pas pourquoi Justinien ne se serait pas servi du premier, s'il avait eu à exprimer cette idée simple que les infâmes ne peuvent servir de témoins dans un testament. En cherchant l'origine des deux dernières

1. L. 3 § 5. eod. tit.

2. L. 15. D. eod. tit.

3. Inst. De testam. ord. § 6.

expressions, on remarque que, primitivement, l'*improbis* était celui auquel il était interdit de rien prouver (*qui probare non potest*); l'*intestabilis*, celui qui ne pouvait être témoin (*qui testari non potest*). Plusieurs textes viennent confirmer cette interprétation. C'est d'abord un passage de la loi des XII Tables, qui nous a été conservé par Aulu-Gelle (1), et qui contenait une disposition ainsi conçue : « Qui se scierit testarius, libripensve fuerit, ni testamentum fariatur, improbus et intestabilis esto. » D'après la loi des XII Tables, celui qui, après avoir consenti à être témoin ou *libripens* dans un testament, refusait ensuite de témoigner, ne pouvait donc plus être témoin dans aucun acte (*intestabilis, improbus*). De même, Gaius nous apprend ce qu'il faut entendre par le mot *intestabilis*, et son opinion vient absolument confirmer ce que nous venons de dire : « cum lege quis intestabilis jubetur esse : eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur, et eo amplius (ut quidam putant) neve ipsi dicatur testimonium (2). »

Les mots *famosus*, *improbis* et *intestabilis*, avaient donc une origine différente, et rien ne nous indique que les deux derniers devinrent dans la suite l'équivalent du mot « infâme ». Au reste, aucun texte ne nous dit que tous les infâmes devaient être déclarés indignes de servir de témoins dans un testament.

Il résulte de tout ceci que les infâmes n'étaient incapables qu'à raison d'une disposition spéciale qui existait : 1° pour les condamnés pour crime d'adultère (3); 2° pour les diffamateurs (4). Relativement au concus-

1. *Nuits attiques*, XV, 43.

2. L. 26. D. 28. 1.

3. L. 14. D. *De testibus*.

4. L. 18 § 1. *De testam. fac.*

sionnaire, des doutes peuvent exister. D'après un texte de Paul, déjà cité (L. 15. *De testibus*) le *repetundarum damnatus* était incapable de figurer comme témoin non seulement en justice, mais encore dans un testament. Ulpien, au contraire, décide formellement que cette dernière incapacité n'était pas encourue par le concussionnaire : « Eum qui lege repetundarum damnatus est, ad « testamentum adhiberi posse existimo, quoniam in judicio testis esse vetatur. » Lequel des deux jurisconsultes a raison ? Il serait téméraire de le décider. La meilleure interprétation, à notre avis, est qu'il y avait réellement divergence entre les deux auteurs, et que ce doit être absolument par mégarde, que les compilateurs du Digeste ont reproduit deux opinions différentes.

Ce que nous venons de dire du testament s'appliquait sans doute à tout acte solennel (1).

Justinien, dans une novelle bien connue (2), semble renverser ces principes : « Sancimus autem, et præcipue... bonæ opinionis esse oportere testes. » D'après la novelle, il faut que les témoins soient des personnes de distinction, également recommandables par leur réputation et leur position sociale. Les infâmes furent-ils dès lors incapables de témoigner d'une façon absolue ? Nous croyons que le juge pouvait, en vertu de son pouvoir d'appréciation sur la valeur des témoignages, et tout en conservant une grande défiance envers les personnes notées d'infamie, entendre malgré tout ces dernières, quand des témoins honorables faisaient défaut. C'est ce qui nous paraît ressortir du texte même de la novelle : « aut si non tales consistent, ex utroque tamen

1. L. 1 § 36. D. *Dep. vel. cont.*

2. Novelle 90, ch. 1.

« qua fide digni sunt, testimonium perhibere » ; si la réputation de certains témoins n'est pas intacte, qu'on en interroge d'autres, qui seront plus dignes de foi. Mais si ceux-ci viennent à manquer, qu'arrivera-t-il ? Ce point n'est pas prévu par Justinien. On peut remarquer cependant que l'empereur ne rejette pas absolument le témoignage des infâmes, puisque d'après la novelle, on ne devra l'écarter que lorsque d'autres témoins seront plus honorables. Justinien aurait donc voulu simplement laisser entendre qu'il n'y avait dans tout ceci qu'une question d'appréciation pour le juge, non d'incapacité pour le témoin.

SECTION QUATRIÈME

DE L'INFLUENCE DE L'INFAMIE SUR LA CAPACITÉ DE RECEVOIR PAR TESTAMENT

La *querela inofficiosi testamenti*, qui pouvait être intentée par tous les ascendants et descendants, omis par le testateur, sans égard à la condition des personnes qui leur auraient été préférées, ne pouvait l'être par les frères consanguins et germains, que dans certains cas limitativement déterminés. Au nombre de ces cas, était celui où la personne instituée se trouvait être une de celles : « quæ infamiæ, vel turpitudinis, vel levis macula adspersantur (1). » La constitution, qui contient cette disposition, porte en effet que la plainte est admissible, si le choix de l'héritier est *offensant pour les frères et sœurs*, et elle cite à titre d'exemple les infâmes et les

1. L. 27. Code. 3. 28.

personnes dont la réputation est décriée ou seulement suspecte.

Les termes de la constitution n'ayant rien d'absolu ni d'obligatoire, il faut en conclure, qu'en dernière analyse, le législateur s'en rapportait ici encore à la prudence du juge, qui avait un pouvoir arbitraire d'appréciation, mais qui devait surtout prendre en considération les qualités personnelles du *querelans*, son honorabilité comparée à celle de l'institué.

SECTION CINQUIÈME

DE L'INFLUENCE DE L'INFAMIE EN DROIT PÉNAL

Il était d'usage d'appliquer aux personnes notées d'infamie une peine plus forte que celle qui aurait été prononcée en semblable circonstance contre un citoyen honorable (1). Mais ce n'était pas là un effet juridique attaché à la condition sociale des infâmes.

D'autre part, le père de famille, à la puissance duquel était soumise la femme surprise en flagrant délit d'adultère, pouvait seul tuer le complice, sans que son meurtre fût punissable. Mais, par exception, le mari possédait le même droit, lorsqu'il s'agissait de certains infâmes : « leno, qui artem ludicram ante fecerit, qui in scenam saltandi cantandive causa prodierit, iudicio publico damnatus (2) ».

Signalons un dernier effet de l'infamie au point de vue des rapports entre patron et affranchi. D'après les dispositions des lois caducaires, un affranchi auquel

1. L. 28 § 16, D. 48. 19.

2. L. 24, pr. D. 48. 5.

naissaient deux enfants en légitime mariage, était libéré des *operæ* qu'il devait à son patron. Cette faveur était refusée à l'affranchi : « qui artem ludricam fecit, quive « operas suas ut cum bestiis pugnaret, locaverit (1). »

SECTION SIXIÈME

APPLICATION DE L'INFAMIE AUX FEMMES

Nous avons réservé cette question, pour ne la traiter qu'en dernier lieu, car elle soulève des problèmes assez délicats, qui supposent avant tout une connaissance entière de l'histoire et de la nature de notre institution.

Nous avons déjà fait remarquer que, tant que l'infamie se réduisit à la privation de la capacité politique et de la capacité judiciaire, elle fut sans action pour la femme, ne pouvant lui enlever ce que celle-ci n'avait pas. Sans doute l'opinion générale faisait toujours une différence entre la matrone romaine, dont l'austérité était proverbiale, et la femme qui n'avait pu conserver son honneur; il n'en restait pas moins vrai que, dans le domaine du droit, l'une et l'autre était sur le même pied d'égalité. Cette situation put cependant ne pas sembler trop anormale, aussi longtemps que les mœurs romaines conservèrent leur rigidité première; mais lorsque la démoralisation se fit sentir, qu'on vit la prostituée prendre rang dans les familles à côté de la *mulier honesta*, lorsqu'en un mot les mœurs ne mirent plus d'abîme entre la femme vertueuse et la femme perdue, l'égalité devint trop choquante. Aussi des lois parurent-elles nécessaires pour corriger cet état de choses.

1. L. 37. pr. D. 38. 1.

C'est ce que firent les lois Papiennes (lois *Julia* et *Papia Poppæa*). Ces lois, rendues sous le règne d'Auguste, interdirent le mariage :

1° A tous les ingénus en général, avec :

a) Les *lenæ*; b) *manumissæ a leno lenave*; c) les comédiennes; d) les femmes surprises en adultère; e) les condamnées, soit *judicio publico*, soit par le sénat; f) les prostituées (*corpore quæstum facientes*) (1).

2° Aux sénateurs et à leurs enfants et descendants des deux sexes, avec :

a) Les affranchies; b) les enfants dont les parents sont ou ont été comédiens.

L'origine de ces déchéances, leur nature, comme leurs conséquences que nous allons voir, diffèrent donc entièrement de celle de l'infamie; il est, cependant, infiniment probable que la loi *Julia*, dans l'énumération des catégories de femmes *probrosæ* que nous venons de donner, devait avoir en vue l'idée d'infamie, car un grand nombre de ces femmes exerçaient un métier ou se trouvaient dans des conditions qui eussent entraîné l'infamie pour les hommes. Aussi les jurisconsultes en arrivèrent-ils bientôt à appliquer les incapacités de la loi *Julia*, non seulement aux femmes énumérées par cette loi, mais aussi à toutes celles qui, d'après l'édit, se trouveraient dans un cas d'infamie. On en vint même à considérer comme de véritables cas d'infamie toutes les causes de prohibitions énumérées par les lois *Julia* et *Papia Poppæa*.

Dès lors, l'infamie des femmes était créée et se traduisait par des déchéances effectives. Étaient infâmes, les *mulieres probrosæ* ou *famosæ*, citées par la loi *Julia*

1. Ulp. reg. XIII § 1.

comme incapables de contracter mariage avec les ingénus, et celles que le prêteur avait notées, après la rédaction de l'édit perpétuel, entre autres celle « quæ virum « parentes liberosve suos, non eluxerit », car nous avons vu qu'au moment de la rédaction de *Salvius Julien*, l'infamie ne frappait encore que les hommes; de plus, les incapacités créées par les lois Papiennes venaient s'ajouter, pour elles, aux autres effets de l'infamie, qu'on avait fini par leur appliquer : aggravation des peines, maintien des *operæ liberti*, *querela inofficiosi*, possible contre le testament qui les instituait.

Nous sommes naturellement amenés à rechercher quels étaient les effets des contraventions aux prohibitions des lois Papiennes. D'abord, en ce qui concerne le mariage contracté contrairement à ces lois, ce mariage était-il nul ou valable ? Ou mieux, pour parler le langage moderne, l'empêchement était-il dirimant ou prohibitif ?

Il semble, à première vue, que le mariage devait être nul, car la prohibition, édictée par les lois Papiennes, était, pour ainsi dire, d'ordre public, puisqu'elle avait pour but de sauvegarder le principe de la distinction des classes. De plus, la loi 28. C. 5. 4 paraît bien attribuer à ces lois l'établissement d'une semblable sanction. Nous estimons cependant que le mariage était valable et pouvait produire tous les effets que lui reconnaissait l'ancien droit. Dans ces conditions, les époux ne perdaient que les privilèges attribués aux gens mariés par la législation nouvelle et devaient être, au point de vue de cette législation, assimilés aux célibataires (*contra*, Heineccius; Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 219, n° 91).

Nous pouvons invoquer trois arguments à l'appui de notre opinion.

Le premier se rapporte à une controverse, soulevée à propos d'un motif d'exemption de tutelle. Le père de trois enfants pouvait refuser une tutelle qui lui était déferée (*jus liberorum*); mais il ne jouissait de cette immunité qu'autant que les trois enfants étaient *justi liberi*. On souleva, à propos de cette expression, une controverse, sur le point de savoir si elle devait être entendue dans le sens de l'ancien droit civil ou des prescriptions de la nouvelle législation : « Quidam tamen justos secundum has leges putant dici... sed justorum mentio ita accipienda est, uti secundum jus civile quaesiti sunt (1). » Or, la controverse n'aurait certainement pas pris naissance, si le mariage, contracté contrairement aux prohibitions des lois Papiennes, eût été nul d'une façon absolue, car alors les enfants issus de ce mariage n'auraient pu, à aucun point de vue, être considérés comme *justi*. Si la loi *Julia* ne le reconnaissait pas comme valable, c'était donc uniquement par rapport à certains effets déterminés.

Un second argument vient corroborer ce que nous venons de dire. Nous avons vu que, par interprétation de la loi *Julia*, les jurisconsultes avaient fait introduire une règle, d'après laquelle toutes les femmes infâmes étaient incapables d'épouser un ingénu. Nous avons fait remarquer, en outre, que la femme qui se remariait pendant l'année de deuil, encourait l'infamie. Le mariage de cette femme aurait dû être nul, si on admet le système contraire. Or, aucun texte ne prononce cette nullité. Bien plus, les lois des empereurs, qui fixent les peines du mariage prématuré, reconnaissent, en termes formels, la validité et l'existence juridique d'une dot (2):

1. Frag. Val. § 168.

2. L. 1. Code. 5. 9.

preuve manifeste que l'opinion que nous soutenons mérite un certain crédit.

Enfin, sous Marc-Aurèle, le sénat décréta tout spécialement la nullité des mariages contractés entre les sénateurs ou leurs descendants et les affranchies. Jusque-là un pareil mariage était donc valable ; car s'il avait été nul dès le principe en vertu de la loi *Julia*, il faut avouer que le décret du sénat eût été bien inutile.

La validité du mariage des sénateurs, contracté avant ce décret, étant admise, nous dirons qu'il en était ainsi de celui des ingénus avec les femmes infâmes, puisque les deux classes de prohibitions étaient établies par les mêmes lois. Ce dernier mariage dut même continuer à rester valable, le sénatus-consulte promulgué sous Marc-Aurèle ne visant que les sénateurs. Il paraît cependant que la pratique ne tarda pas à le déclarer nul comme le premier (1).

La loi *Julia* établissait donc un empêchement simplement prohibitif aux unions des *famosæ*. On peut se demander maintenant quelle était la sanction de cette prohibition ?

Le seul texte que nous possédions sur cette matière a trait à une question spéciale. Ulpien nous apprend que lorsqu'un mariage avait été contracté, malgré les dispositions des lois Papiennes, les deux époux étaient privés l'un à l'égard de l'autre du *jus capiendi ex testamentis* : « Vir et uxor, nil inter se capiunt, id est si
« contra legem Juliam Papiamque Poppæam contraxe-
« rint matrimonium, verbi gratia, si famosam quis
« uxorem duxerit, aut libertinam senator (2). » Ce

1. L. 42 § 1. D. 23. 2. *De ritu nupt.*

2. Ulp. reg. 16 § 2.

n'était donc qu'en matière de succession *ab intestat* ou testamentaire que les *mulieres probrosæ* se trouvaient atteintes de véritables incapacités. Mais cette déchéance n'avait pas à l'origine un caractère général. En dehors du texte, que nous avons cité et qui est relatif aux successions entre époux, nous ne trouvons rien qui nous autorise à supposer que les femmes notées d'infamie devaient être considérées comme inhabiles à disposer de leurs biens par testament ou à recueillir une hérédité. Un passage de Suétone semble même établir le contraire. Cet historien rapporte que, sous Tibère, les mœurs s'étaient relâchées à un tel point que des femmes, dans le but d'éviter les peines portées par les lois caducaires contre les personnes non mariées, n'hésitaient pas à se livrer à la prostitution : « *feminæ famosæ, ut ad evitandas legum pœnas, jure ac dignitate matronali exsolve-* »
« *rentur, lenocinium profiteri cœperant* (1). » En agissant ainsi, elles se rendaient inhabiles à contracter mariage avec une personne ingénue. Dès lors les incapacités, que les lois Papiennes avaient attachées au célibat volontaire, et qui se rapportaient précisément au droit de recueillir des hérédités, ne pouvaient plus leur être appliquées, car il leur était facile de soutenir que leur célibat n'était pas volontaire, mais l'œuvre de la loi. Si donc les *mulieres probrosæ* avaient été déjà frappées, par suite de leur mariage contracté contrairement à la loi *Julia*, de l'incapacité générale de recueillir une succession, il est bien évident que ce honteux calcul n'aurait pas eu de raison d'être.

Il paraît que ce scandale se produisit assez fréquemment, pour que les empereurs aient été obligés de pren-

1. *Vie de Tibère*, chap. xxxv.

dre des mesures législatives pour la prévenir. Domitien dans une constitution qui nous a été conservée par Suétone défendit *mulieribus probrosis* de recevoir à l'avenir aucun legs ni aucune hérédité : « probrosis feminis lecticæ usum ademit, jusque capiendi legata hæreditæque (1). »

Adrien compléta cet ensemble de dispositions en interdisant également d'instituer ces dernières dans les testaments militaires, auxquels ne s'appliquait pas la constitution de Domitien (2).

A partir de ce moment, les femmes infâmes devinrent complètement incapables de recueillir aucune part dans un legs ou une hérédité quelconque. Ulpien nous apprend qu'une seule exception fut admise à cette règle : la *mulier famosa* conserva toujours le droit de venir à la succession légitime de ses enfants (3).

Aux peines portées contre les unions prohibées, Constantin, en 336, ajouta l'*infamie* pour les *illustres* qui épouseraient des *abjectæ* ou *humiles personæ*; mais la pauvreté d'une ingénue ne fut jamais, à elle seule, une cause de prohibition (4).

Toutes ces incapacités subsistèrent jusqu'à Justinien. L'empereur Justin, son oncle et son père adoptif, dans le but de lui permettre d'épouser la comédienne Théodora, y avait déjà porté une première atteinte, en permettant aux sénateurs d'épouser les comédiennes et leurs filles, pourvu qu'elles renonçassent à monter sur la scène et accomplissent certaines formalités (5). Mais

1. Vie de Domitien, chap. VIII.

2. L. 21 § 1. D. 29. 1.

3. L. 2 § 4. D. 38. 17.

4. L. 7. Code. 5. 5.

5. L. 23 § 1. Code. 5. 4.

Justinien fit plus encore. Il commença par confirmer cette dernière constitution, mais en dispensant désormais les comédiennes des conditions qui leur avaient été imposées (1). Plus tard, en 537, il abrogea celle de Constantin, citée plus haut; de plus, cette même année, toute différence entre ingénus et affranchis fut supprimée par lui. Enfin, par une constitution de 542, il permit aux sénateurs de contracter mariage même avec des femmes viles, à une double condition toutefois : 1° que ces femmes fussent libres; 2° qu'il fût dressé un acte dotal, *instrumentum dotale* (2).

Devons-nous aller plus loin, et dire que la législation sur le *connubium*, établie par les lois Papiennes, était entièrement abolie par Justinien, de telle sorte que la prohibition, établie par ces lois, devait être également levée à l'égard de toute *mulier famosa* : *lena*, femme surprise en adultère, *judicio publico damnata*? Nous ne le croyons pas, malgré l'avis contraire de M. de Savigny, qui s'appuie principalement sur l'abrogation faite par Justinien de la constitution de Constantin relative au mariage des *illustres* avec les *personæ abjectæ*.

Nous ferons remarquer d'abord que la constitution de Constantin ne vise que l'infamie encourue par les *illustres* dans le cas d'un mariage avec les *mulieres abjectæ*. Justinien ne fait que supprimer cette flétrissure. Il déclare, il est vrai, que les sénateurs pourront épouser des personnes viles, de basse condition, mais il a soin d'ajouter : « Si tamen liberæ sint, et cum quibus liceat » *nuptias celebrare*. » (Nov. 117, chap. vi.)

Quant à étendre, par identité de motifs, aux autres

1. L. 29. eod. tit.

2. Nov. 117, ch. vi.

mulieres famosæ l'exception de faveur accordée aux comédiennes, nous y voyons une impossibilité complète, car ni Justinien ni ses prédécesseurs ne lèvent ou ne paraissent lever les prohibitions dont celles-là sont l'objet (1).

Ce n'est donc que, dans la mesure des dispositions contenues dans les constitutions de chacun de ces empereurs, que leurs réformes peuvent être appliquées.

Avant de terminer notre étude sur les effets de l'infamie, nous ferons remarquer que les Romains consacraient, en ce qui concernait l'application de cette peine, un principe de haute justice : leur note infamante était essentiellement personnelle (2). Elle n'atteignait que celui qui avait subi la condamnation dégradante ou qui avait accompli un de ces actes auxquels l'infamie était de plein droit attachée. L'infamie ne frappait donc ni les enfants ni la famille du coupable.

Une seule exception, que nous avons signalée, avait été admise à ce principe : une constitution d'Arcadius et Honorius, édictée contre certaines catégories de coupables du crime de lèse-majesté (*perduelliones*), proclamait pour ainsi dire la solidarité du crime entre le père et ses fils. Si ces derniers n'étaient pas frappés de la peine de mort pour la faute paternelle, le législateur nous dit qu'ils le devaient uniquement à la clémence impériale : « quibus vitam imperatoriâ specialiter lenitate concedimus. » Mais tous droits de succession leur étaient

1. Voir les deux cas d'infamie établis contre les femmes par Justinien en 536 et que nous avons déjà signalés. Nov. 22, ch. XL; nov. 39, ch. II. — Page 95.

2. Comp. L. 26. D. 48. 19.

enlevés ; de même, il leur était défendu de rien recevoir par testament. Enfin, ils ne pouvaient aspirer à aucun honneur, ni à aucune dignité. Ils devaient être tels, en un mot : « ut his perpetua egestate sordentibus, sit et « mors solatium, et vita supplicium (1). »

1, L. 5, Code. 9. 8.

CHAPITRE IV

Des modes d'extinction de l'infamie.

En principe l'infamie était perpétuelle : on ne l'encourait jamais pour un certain temps. Ni l'exécution de la peine temporaire à laquelle elle était attachée, ni l'abandon du genre de vie honteux qui l'avait produite (1), ni même la grâce, accordée en termes généraux au condamné, soit par le sénat, soit par l'empereur (2), ne pouvaient faire cesser les incapacités prononcées contre lui.

Est-ce à dire que l'infamie ne pouvait pas être effacée parfois ? Les textes nous répondent que le préteur pouvait l'abolir indirectement, lorsque la cause, en vertu de laquelle elle était encourue, ressortissait à sa juridiction. On sait que ce dernier magistrat pouvait faire rescinder certains actes juridiques, y compris les jugements, pour causes telles que la minorité, l'erreur..., etc... Supposons maintenant qu'une condamnation infamante fut intervenue contre un mandataire, par exemple, succombant sous l'action directe. Si celui-ci venait à prouver qu'il avait agi par crainte, ou erreur..., etc. le préteur abolis-

1. L. 43 § 4. D. 23. 2.

2. L. 3. Code. 9. 43; — L. 7. Code. 9. 51.

sait la sentence et arrivait ainsi à lui épargner l'infamie (1).

Mais il n'existait à proprement parler qu'un seul pouvoir capable de détruire la marque d'infamie, le pouvoir souverain : le peuple, le sénat, l'empereur : la réhabilitation, seul mode pratique d'extinction de l'infamie, étant un acte de souveraineté.

Si la réhabilitation était possible, les textes nous la montrent comme d'un usage fort rare dans la pratique, surtout lorsqu'elle était demandée par une de ces personnes que l'on désignait sous le nom de *turpitudine notabiles*, et certaines autres dont la situation était envisagée avec non moins de défaveur. Quelquefois le législateur exigeait même l'accomplissement de certaines conditions. C'est ainsi que la veuve qui s'était remariée pendant l'année de deuil, devait, pour recouvrer la plénitude de son *existimatio*, abandonner aux enfants du premier lit la moitié des biens qu'elle possédait lors de son second mariage (2). Quoi qu'il en soit, il fallait que la réhabilitation portât expressément sur la note d'infamie, et qu'il y eût ce qu'on appelait la *restitutio famæ*, pour que cette note pût être effacée par la grâce impériale.

Telle fut la législation en vigueur jusqu'au règne d'Adrien. Ce prince et ses successeurs apportèrent plusieurs innovations dans la durée de l'infamie.

Un édit d'Antonin disposa que dans le cas où cette note était produite par un jugement, qui avait en même temps pour effet d'entraîner l'exclusion temporaire d'une corporation, ou d'un ordre, par exemple l'exclusion du sé-

1. L. 1 § 9. D. 3. 1.

2. L. 4. Code. 6. 56.

nat, de la curie ou de l'ordre des avocats, l'infamie prendrait fin avec l'exclusion. Mais il fallait que la *dignitatis depositio* temporaire fut prononcée à titre de peine principale. Dans ce cas, en effet, la peine prononcée à temps serait devenue en fait perpétuelle, s'il en avait été autrement, l'existence de l'infamie s'opposant à l'admission dans un ordre ou dans une corporation (1).

L'infamie cessait donc, en pareil cas, du jour de la réintégration dans l'ordre. Elle cessait même avant cette époque, c'est-à-dire à partir de l'expiration du temps fixé pour la durée de la peine, dans l'hypothèse où un décursion, temporairement exclu, était obligé, pour reprendre ses fonctions, d'attendre qu'il y eût une place vacante.

Une exception analogue avait été introduite en faveur de l'exilé. En vertu d'une constitution spéciale promulguée par l'empereur Adrien, l'infamie ne durait que le temps de l'exil; mais l'exilé ne pouvait aspirer à de nouveaux honneurs avant l'expiration d'un temps égal à la durée de sa peine. C'est ainsi qu'une personne condamnée au bannissement pour cinq ans demeurerait infâme pendant dix années (2).

Mais les empereurs ne s'en tinrent pas là : ils généralisèrent la rémission de l'infamie. Quand, dans un procès infamant, le juge avait infligé au coupable une peine plus rigoureuse que celle édictée par la loi, et que la condamnation était devenue définitive, le préjudice causé au condamné ne pouvait être réparé. Il importait cependant de ramener le châtiment à des proportions plus justes; pour atteindre ce résultat, on évitait l'infamie au condamné. On présumait qu'il était intervenu entre

1. L. 48. D. 3. 4; — L. 3 § 1. D. 50. 2.

2. L. 8. D. 3. 4; — L. 15. D. 50. 1; — L. 2. Code 10. 59.

lui et le juge une sorte de transaction, par laquelle le coupable avait accepté l'aggravation de la peine pour conserver dans leur plénitude tous les avantages attachés au titre de citoyen. Mais il faut avouer qu'il n'y avait là bien certainement qu'une apparence de transaction, car il est impossible de soutenir qu'un accusé possède un droit susceptible de faire l'objet d'une convention entre lui et son juge; ce dernier étant le seul arbitre du sort du coupable.

Les textes fournissent plusieurs exemples de la règle que nous venons d'exposer. On peut citer entre autres un fragment d'Ulpien, qui en fait l'application au cas où le *præses* aurait prononcé la relégation contre une personne, qui aurait dû être condamnée seulement à la confiscation d'une partie de ses biens. Mais le jurisconsulte ajoute que le résultat ne serait pas le même si, dans une poursuite pour vol non manifeste, le juge avait appliqué la condamnation du quadruple qui a trait au *furtum manifestum* : pour que la transaction existe, il faut qu'une peine corporelle ait été au moins substituée à une peine pécuniaire (1). Macer nous donne une seconde application de la règle dans la loi 10 § 2. D. *De pænis*. Il s'agit d'une poursuite pour vol, cas dans lequel la loi ne prononce qu'une simple condamnation pécuniaire, et le juge a condamné le coupable soit à la peine de l'*opus publicum* à temps, soit même simplement aux verges. La sentence étant définitive, la condamnation ne peut être évitée. L'infamie n'est pas encourue cependant, par suite du jugement qui prononce une peine corporelle. En un mot, « *pæna gravior ultra legem imposita existimatio nem conservat.* »

1. L. 13 § 7. D. *De his qui not.*

Il ne faudrait pas aller jusqu'à croire, par ce que nous venons de dire, que le juge pouvait arbitrairement éviter l'infamie au condamné. En agissant ainsi, il aurait commis un véritable excès de pouvoirs (1). Au reste cette solution est prévue et réfutée par Papinien. Ce jurisconsulte décide, en effet, que si la peine principale qui a été prononcée est moindre que la peine légalement applicable, l'infamie n'en frappe pas moins le condamné, et il nous en donne la raison : « cum facti quidem
« quæstio sit in potestate judicantium, juris autem
« auctoritas non sit (2). »

Notons, pour terminer, que l'infamie ne cessait pour le condamné qu'à partir du jour où l'excessive sévérité du châtiment avait été constatée. Le condamné reprenait tous ses droits pour l'avenir, mais sans effet rétroactif : il avait été bien réellement infâme dans tout l'intervalle qui s'était écoulé entre le jugement et la découverte de l'erreur commise par le magistrat.

1. L. 63. D. 47. 2; — L. 1 § 4. D. 48. 16.

2. L. 15. pr. D. 50. 1.

APPENDICE

De l' « Infamia facti ».

En exposant le système qui attribue à l'infamie une origine coutumière, nous avons soulevé une question importante, que nous nous sommes borné à mentionner et à l'examen de laquelle nous arrivons maintenant. Il s'agit de savoir comment prit naissance ce qu'on est convenu d'appeler l'*infamia facti*, et comment les jurisconsultes furent amenés à distinguer cette dernière déchéance de l'infamie proprement dite, de l'*infamia juris*.

Nous croyons inutile de rappeler ce que nous avons déjà dit sur la puissance extraordinaire de l'opinion à Rome. Il nous suffira de remarquer que lorsque l'*infamia juris* fut complètement organisée, que ses différents cas se trouvèrent déterminés d'une façon définitive par le législateur, certaines situations auxquelles s'attachaient cependant le déshonneur et que flétrissait l'opinion unanime des gens de bien (1), ne se trouvèrent pas comprises dans l'énumération du préteur, soit que la faute semblât ici moins grave à ce dernier magistrat, soit que dans certains cas, il y eût réellement oubli de sa part. Dans ces conditions, il arriva bientôt ce qui était advenu pour l'*infamia juris* : l'opinion publique n'en persista

1. L. 13. Code. *Ex quib. caus. inf.*

pas moins à poursuivre de ses déchéances les diverses personnes qui lui paraissaient ne devoir jouir d'aucune considération ; mais comme l'*infamia juris* était définitivement établie, la coutume en arriva à créer une incapacité de *convention* frappant ordinairement telle ou telle personne dans tel ou tel de ses droits : incapacité nommée par les commentateurs *infamia facti*. Cette déchéance n'était donc en quelque sorte qu'une extension de l'infamie légale opérée par la coutume à des cas où cette dernière n'était pas encourue : « licet enim « verbis edicti non habeantur infames... re ipsa et *opinionem hominum* non effugiunt infamiae notam (1). »

Au pouvoir de l'opinion, envisagée comme cause de la création de l'*infamia facti*, nous devons ajouter une autre raison, se rapportant à l'organisation sociale telle qu'elle existait au temps des empereurs. — Les nombreux affranchissements que le stoïcisme et le Christianisme provoquèrent, au début de l'Empire, avaient amené un bouleversement complet dans les conditions et dans les classes sociales. La liberté étant libéralement concédée, et l'*existimatio* dont était si fier le citoyen romain étant devenu bientôt l'apanage de la masse, une distinction avait paru nécessaire pour remplacer la différence, qui existait autrefois entre les citoyens romains et ceux à qui n'était pas concédé le *jus civitatis*. On en était arrivé alors à un classement des citoyens en *honestiores* et en *humiliores*, et la différence, qui avait d'abord porté sur la condition sociale, s'était bientôt exercée sur la condition juridique des personnes (2). Dès ce moment, les *humiliores* encoururent de véritables

1. L. 2. D. 37. 15.

2. Duruy, *Histoire des Romains*, t. V, Appendice, p. 495.

déchéances analogues à celles que prononçait l'opinion, et on put dire qu'eux aussi se trouvaient en quelque sorte en état d'*infamia facti*.

Toutes ces déchéances comme les causes qui les provoquèrent furent relatées dans des textes nombreux. Nous croyons cependant qu'il est impossible de réunir les dispositions qui s'y rapportent en un corps de doctrine; car si les textes sont nombreux, ils sont aussi fort disséminés; de plus les dispositions elles-mêmes sont très peu précises; enfin les expressions employées par les textes n'ont aucune portée générale.

Nous ne nous bornerons donc qu'à recueillir, sans aucune préoccupation systématique, les divers groupes d'infamie de fait, les déchéances qu'ils comportent, et les personnes qui en sont frappées.

La loi 27. Code. 3. 28. prévoit outre l'infamie de droit deux autres conditions sociales également défavorables : la *turpitude* et la *levis nota*. Cette loi semble donc indiquer trois degrés dans les atteintes que peut subir l'honorabilité d'une personne. Elle nous conduit à ranger sous deux sections tout le commentaire de l'infamie de fait. Dans la première, nous verrons en quoi consiste la *turpitude*. Dans la seconde, nous examinerons ce qu'il faut entendre par la *levis nota* et quelles sont les déchéances entraînées par ce dernier état.

SECTION PREMIÈRE

DE LA « TURPITUDO »

La *turpitude* semble, ainsi que nous l'avons dit, avoir été, dans la pensée de ceux qui l'appliquèrent, un moyen de suppléer aux lacunes de la loi sur l'infamie.

Elle était infligée par l'opinion publique, sans qu'un jugement fût nécessaire. Toutefois, c'était au magistrat, devant lequel était portée une contestation, qu'il appartenait d'apprécier les faits, et d'examiner si les individus, que le blâme populaire avait flétris, méritaient cette censure. Si tel était son avis, il sanctionnait le jugement de l'opinion en déclarant ces individus incapables d'accomplir certains actes juridiques déterminés (1).

Étaient notamment *personæ turpes* :

1° Les débauchés et les prodigues (L. 11. D. 4. 3).

2° Ceux qui s'étaient fait représenter en justice, afin d'éviter une condamnation infamante (L. 2. D. 37. 15).

3° Ceux qui n'avaient été reconnus coupables qu'*incidemment* d'un fait qui entraînait l'infamie de droit, et échappaient ainsi, faute d'une condamnation directe et principale, à cette flétrissure (LL. 17 et 19. Code. 2. 12).

4° Les auteurs d'un délit honteux, qui en droit pur n'entraînait pas l'infamie (L. 25. Code. 9. 9).

Cette énumération est essentiellement énonciative.

Quant aux effets de la *turpitude*, qui, de même que les causes, n'étaient pas rigoureusement déterminés, ils paraissent avoir été les suivants :

Les *turpes* étaient incapables :

1° De postuler pour autrui et d'exercer tous les droits, qui comme le *jus accusandi* en étaient la conséquence (*Frag. Vat.* § 320).

2° D'introduire une action infamante contre qui que ce fût (L. 14. D. 4. 3).

3° Leur témoignage était suspect et même inadmissible dans certain cas (L. 3. D. 22. 5; — L. 2. D. 1. 9).

4° La *querela inofficiosi testamenti* pouvait être in-

1. L. 11. D. 4. 3; — L. 8. D. 48. 2; — LL. 2 et 3. D. 22. 5.

tentée contre le testament instituant une personne *turpis*.

5° Les *turpes* ne pouvaient aspirer aux dignités (L. 12. D. 4. 9; — LL. 2 et 6. Code. 12. 1.; — Constitution de Constantin).

6° Le prêteur pouvait les exclure des fonctions de juges (L. 2. D. 1. 9; — L. 12 § 1. D. 5. 1).

7° La *turpitude* constituait, de la part de la femme contre son mari, un juste motif de divorce (Nov. 22, ch. xv).

8° La *filiæfamilias* pouvait résister aux ordres de son père, quand celui-ci voulait la marier à une personne mal famée (L. 5. Code. 5. 1).

9° En matière de puissance paternelle, l'action en restitution de la dot était refusée au père à la dissolution du mariage de sa fille, si la conduite de ce père donnait à craindre qu'il ne dissipât la dot (L. 22 § 6. D. 24. 3; — L. 13 § 2. Code. 9. 51). — De même le père qui avait été gracié, après avoir été condamné à une peine capitale, ne recouvrait pas l'administration des biens de ses enfants, dans le cas où on prévoyait qu'il pourrait les dilapider. — Enfin l'*actio injuriarum*, qui était accordée exclusivement au père, était, en cas d'inconduite de celui-ci, accordée à son fils (L. 17 § 13. D. 47. 10).

10° Dans le cas où deux personnes se-disputaient une tutelle, et que l'une, *persona turpis*, s'engageait à fournir caution, alors que cette chose était impossible à l'autre jouissant d'une *existimatio* intacte, cette dernière était néanmoins préférée (L. 17 § 1. D. 26. 2).

SECTION DEUXIÈME

DES « LEVES NOTÆ »

Cette expression désignait la tâche qui atteignait deux catégories de personnes : les *viles* et les *humiles*.

A. — *Des viles*. — Les *viles* étaient ceux qui exerçaient certaines professions dont parle Constantin (L. 6. Code. 12. 2), et que Cicéron énumérait autrefois dédaigneusement, en déclarant qu'elles devaient être abandonnées aux esclaves (*De off.*, I, 42).

Les textes nous indiquent les métiers suivants comme infligeant le caractère de vilité aux personnes qui les avaient embrassés :

1° L'industrie que Cicéron appréciait ainsi :

« Opifices omnes in sordidâ arte versantur, nec enim
« quidquam ingenuum potest habere officina. Minimeque
« artes hæ probandæ quæ ministræ sunt voluptatum,
« cetarii, lanii, coqui, factores, piscatores. Adde huc, si
« placet, unguentarios, saltatores, totumque ludum ta-
« larium. »

Les textes des compilations justiniennes nous citent encore : les *caupones*, les *nautæ*, les *stabularii* et les *balneatores*, les courriers, les péagers. En un mot tous ceux qui exerçaient à prix d'argent un métier (*operæ*) et non un art (*artes*) étaient des *personæ viles*.

2° Le commerce de détail que Cicéron flétrissait encore en ces termes :

« Sordidi etiam portandi qui mercantur a mercatoribus
« quod statim vendant; nihil enim proficiunt nisi admo-
« dum mentiantur » (*De off.*, *loc. cit.*).

Il faut remarquer toutefois que le mot *vilis* n'avait pas un sens bien précis, et qu'on le rencontrait parfois dans les textes, comme synonyme de *turpis*.

Les incapacités qui frappaient les *viles* étaient les suivantes :

1° Ils étaient exclus des fonctions publiques : la constitution de Constantin leur était également applicable;

2° Ils étaient incapables, sinon de postuler pour autrui, du moins d'intenter une action infamante contre une personne *honestia* (Loi 11 § 1. D. 4. 3).

3° Leur témoignage était suspect;

4° Leur institution en qualité d'héritiers permettait d'attaquer le testament comme inofficieux;

5° Les *negotiatores*, qui semblent bien rentrer dans cette catégorie, étaient inhabiles à faire partie de l'armée (L. un. Code. 12. 35).

B. *Humiles*. — L'expression d'*humiles* désignait plus particulièrement les personnes inférieures non pas tant pour leur profession que pour leur condition sociale. Ces personnes étaient les plébéiens, les affranchis, les enfants nés de personne exerçant des professions honteuses. (Loi 7. Code. 5. 3).

De même que les *viles*, les *humiles* ne pouvaient prétendre aux honneurs; leur témoignage était suspect; et ils n'avaient aucune capacité pour intenter une action infamante contre un citoyen exerçant une fonction publique (Loi 11. D. 4. 3). En matière répressive certaines peines réservées aux esclaves leur étaient applicables. C'est ainsi qu'à la différence des *honestiores*, ils pouvaient être condamnés à la peine des travaux publics, *ad opus metalli* (Paul. Sent., V. 25 § 1), à la peine de la fustigation,

au supplice de la croix et aux bêtes (Paul. Sent., V. 23 § 1, 29).

Nous arrêtons ici notre travail sur l'infamie. Quoique nous nous soyons placé uniquement dans la sphère du droit, cette étude n'est peut-être pas sans une portée morale et historique. Elle peint bien l'état de dégradation dans lequel était tombé le vieux monde romain. On est étonné aujourd'hui des soins auxquels était obligé de s'abaisser le législateur, en punissant certains crimes que repoussent nos mœurs, et dont Dieu semble avoir suffisamment noté l'horreur dans nos consciences. Mais ne l'oublions pas : un beau trait de la législation romaine à toute époque, c'est qu'elle resta toujours spiritualiste, ne matérialisant jamais l'infamie dans la peine, ne la séparant jamais de sa vraie cause, le crime ou le délit. A Rome, ce ne furent jamais, comme dans nos anciennes villes de France, un âne, un chapeau de paille ou les huées de la populace, qui constituèrent l'infamie (Denisart, v^o *Infamie*).



DROIT FRANÇAIS

DE LA CONTUMACE

Art. 465-479, C. I. C.

INTRODUCTION HISTORIQUE

Lorsqu'une personne citée devant la justice refuse de comparaître, ce refus, en matière correctionnelle comme en matière civile, n'entraîne contre elle qu'un jugement par défaut susceptible de tomber devant une opposition régulière. En matière criminelle, au contraire, une semblable obstination donne lieu à une procédure spéciale, et on dit alors de l'accusé qui se dérobe aux investigations de la justice qu'il est en état de *contumace*.

Avant d'aborder l'étude de cette partie de notre législation criminelle, nous indiquerons brièvement les diverses mesures employées par les législations anciennes, à l'égard des accusés absents, pour les forcer à se représenter.

La législation grecque, particulièrement, fut assez dure envers ces derniers.

L'accusé qui ne comparaissait pas au jour fixé pour le jugement, ou qui se dérobaux recherches par la fuite, était présumé coupable et condamné immédiatement sur le seul exposé du plaignant. Cette condamnation était résoluble, il est vrai, mais dans un délai très court : le contumax pouvait la faire tomber en se représentant dans un délai de dix jours, et il y avait lieu alors à une nouvelle accusation et à un nouveau jugement. Mais après dix jours écoulés sans réclamation, la première sentence était mise à exécution.

A Rome, tant que dura le régime des juridictions permanentes, qui prononçaient sur l'accusation qui leur était déferée, lors même que l'accusé était absent, il ne fut pas question de procédure par contumace. Une distinction doit être faite cependant : l'absence reposait-elle sur des causes légitimes? le jugement pouvait être ajourné, mais les juges n'en restaient pas moins saisis de l'affaire. L'absence n'était-elle pas justifiée? les peines dont le crime était passible étaient prononcées. Toutefois il ne paraît guère certain que les juges aient eu le pouvoir de condamner un absent à une peine capitale : « Absentem capitali crimine accusari non posse, sed tantummodo requirendum annotari solere, si desit, vetus jus est (1). »

L'empereur Trajan posa le premier comme règle générale qu'un accusé ne doit pas être condamné pendant son absence : « Absentem in criminibus damnari non debere divus Trajanus rescripsit (2). » La pensée du prince en édictant cette règle était qu'il est préférable de laisser un crime impuni que de condamner un inno-

1. L. 6. Code. *De accus.* 9. 2.

2. L. 5. D. *De pœnis.* 48. 19.

cent : « *satiù enim esse impunitum relinqui facinus nocentis. quam innocentem damnare.* » Scrupule peut-être exagéré, mais qui peut se comprendre. La défense n'est-elle pas de droit naturel ? Comment pouvoir dire avec certitude que tel individu est coupable, lorsqu'il n'a pas été entendu dans ses moyens de défense : « ne-
« *que enim inauditâ causâ, quemquam damnari æqui-*
« *tatis ratio patitur* (1). » On peut objecter, il est vrai, que le criminel, en échappant aux recherches et en se moquant ainsi deux fois de la loi, n'en mérite qu'une condamnation plus sévère et qu'il n'est pas admissible que l'impunité soit la récompense de son double mépris de la justice. De plus la fuite n'est-elle pas une présomption de culpabilité ?

Ces objections ne sont pas sans réponse. D'abord, que de fois ne voit-on pas les innocents eux-mêmes, dominés par une terreur instinctive, essayer de se soustraire aux poursuites dirigées contre eux. Si la fuite de l'accusé ressemble à un aveu de son crime, cet aveu est donc loin d'être toujours probant. Puis, est-on absolument certain que l'accusé a eu connaissance des poursuites ?

Le système des Romains ne présentait pas d'ailleurs les mêmes inconvénients qu'aujourd'hui. A notre époque, grâce à la facilité de nos moyens de locomotion, le coupable peut mettre, dans un temps relativement court, une distance considérable entre lui et ses juges ; à Rome rien de semblable à craindre. De plus, l'exil entraînait chez les peuples de l'antiquité des conséquences rigoureuses : le réfugié était le plus souvent traité en ennemi et même parfois réduit en esclavage. État bien différent de celui que possèdent aujourd'hui dans le pays d'immi-

1. L. 1. *De req. vel abs.* D. 48. 17.

gration ceux qui viennent s'y établir. Ne voyons-nous pas, en effet, toutes les nations civilisées accueillir les étrangers avec faveur et leur concéder la plupart des droits civils primitivement réservés aux nationaux ?

Le principe : « *absentem in criminibus damnari non debere* » pouvait donc s'expliquer, à la rigueur, chez les Romains. Quelles en furent les conséquences ?

Et d'abord, on doit faire une distinction en ce qui concerne l'application de la procédure. Si le fait imputé n'était passible que d'une peine pécuniaire ou d'une peine ne portant atteinte qu'à l'*existimatio*, une condamnation pouvait être prononcée même contre les absents (1). C'est ainsi que, d'après Ulpien, toutes les peines légères, jusqu'à la relégation inclusivement : « et usque ad relegationem procedi », pouvaient être infligées aux accusés pendant leur absence. Mais aucune peine plus grave, telle que le travail des mines ou la peine capitale, ne pouvait être prononcée : « *verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metallo, vel capitis pœnam non esse absentibus irrogandam* (2). »

Lors donc que l'accusation portait sur un crime grave et que l'accusé était absent, ou cette absence avait une juste cause, ou elle n'était pas justifiée. Dans le premier cas, l'accusé pouvait faire présenter ses excuses par un fondé de pouvoir, et si elles étaient trouvées justes, la sentence était ajournée : *sententia differtur* (3). Dans le second, l'accusé étant considéré comme fugitif, la loi lui ordonnait de se représenter et punissait son obstination (4).

1. L. 5. D. *De pœnis*. 48. 19.

2. L. 5. D. *eodem tit.*

3. LL. 33 § 2 et 71. D. *De proc.* 3. 3; — L. 3. Code. *De accus.* 9. 2.

4. L. 1 § 1. D. *De req. vel abs.* 48. 17.

La représentation devait avoir lieu dans l'année de la sommation, qui lui était faite par les magistrats de sa résidence présumée, sur l'ordre du gouverneur de la province (1). Passé ce délai, aucune peine afflictive n'était prononcée contre lui, mais ses biens étaient saisis et confisqués. Ainsi donc, par une bizarrerie inexplicable, la législation romaine, qui se montrait si respectueuse du droit de défense, au point de ne pas prononcer une condamnation même résoluble contre le contumax, n'hésitait pas cependant à prononcer la confiscation de ses biens ! Le fisc pouvait même, durant le délai, faire vendre les meubles de l'accusé, lorsqu'ils n'étaient pas de nature à se conserver, à la charge toutefois d'en déposer le prix.

L'accusé se représentait-il avant l'expiration de l'année, ses droits lui étaient conservés : *integram rem suam habeant* (2). Son absence ne donnait lieu à aucune mesure extraordinaire, s'il était trouvé innocent ; à aucune aggravation de peine, s'il était reconnu coupable. S'il décédait dans le même espace de temps, ses biens étaient librement transmis à ses héritiers (3).

Le trait caractéristique de cette procédure était donc qu'aucune condamnation par contumace ne pouvait être prononcée contre l'accusé. Si celui-ci ne comparaisait pas dans le délai fixé par la loi, la justice jetait un voile sur le crime et ne punissait que la désobéissance par la perte définitive des biens. Le fisc continuait sa prise de possession, alors même que le contumax, en supposant son arrestation ultérieure, était l'objet d'un acquitte-

1. L. 1 § 2. eod. tit.

2. L. 5. D. eod. tit.

3. L. 1. Code. *De req. reis.*

ment : « Si argumentis evidentibus et probatione dilucidâ
« innocentiam suam purgaverit, nihihominus facultates
« ejus penes fiscum remaneant (1). »

Les dispositions du droit romain sur la contumace furent reproduites, avec quelques variantes, par la loi Salique et la loi des Ripuaires. D'après ces deux lois, « quand un homme était cité en jugement et qu'il ne « se présentait point, ou n'obéissait pas aux ordon-
« nances des juges, il était appelé devant le roi ; et s'il « persistait dans sa contumace, il était mis hors la pro-
« tection du roi, et personne ne pouvait le recevoir chez « lui, ni même lui donner du pain. Or, s'il était d'une
« condition ordinaire, ses biens étaient confisqués, mais « s'il était vassal du roi, ils ne l'étaient pas ; le premier,
« par sa contumace, était censé convaincu du crime et « non pas le second (2). »

La proscription de l'homme, mis en dehors de la protection du roi *extra sermonem regis*, n'était pas irrévocable. Elle cessait de plein droit lorsque le contumax avait acquitté le montant de la composition fixée par la loi pour le crime qu'il avait commis.

En ce qui concerne la confiscation, qui dans les premiers temps avait lieu immédiatement après la sentence rendue, un capitulaire de Louis le Débonnaire (an 818, chap. xi) vint décider qu'elle ne serait encourue d'une façon définitive que si l'accusé laissait passer un an et un jour sans se présenter. Jusque-là, ses biens étaient seulement saisis et placés sous séquestre.

De même qu'en droit romain, aucune condamnation ne pouvait être prononcée contre l'accusé d'un crime

1. L. 2. Code. eod tit.

2. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXXI, ch. viii.

capital. Les Capitulaires de Charlemagne nous le disent formellement : « in causâ capitali absens nemo damnetur. Neque absens per alium accusare aut accusari potest (1). »

A quelle époque abandonna-t-on ce principe? Il est bien difficile de le préciser; mais, dans tous les cas, il est certain qu'au XIII^e siècle la condamnation était prononcée même *in causâ capitali*. Une restriction doit être faite cependant au sujet de la peine de mort, qui ne semble pas avoir été d'un usage général et qui n'était probablement réservée que pour les grands crimes et pour les coupables de distinction. L'histoire ne nous donne, en effet, que de rares exemples de l'application de cette peine en matière de contumace. On peut mentionner celui de Jean sans Terre, qui, cité comme vassal de Philippe-Auguste devant la Chambre des pairs, pour s'être rendu coupable du meurtre de son neveu, Arthur de Bretagne, et n'ayant pas comparu, fut néanmoins condamné à mort comme coupable de félonie et de paricide (an 1203). De même, Charles V, en son Parlement, fit frapper de cette peine, par contumace, Jean de Montfort, duc de Bretagne (1379).

C'est donc vers le XIII^e siècle que nous voyons poindre l'idée de la condamnation par défaut contre le contumax. Celui-ci est alors regardé comme faisant l'aveu de son crime par son refus de comparaître et considéré comme « atteint et convaincu de son méfait ». « Par le « droit ancien de la France, dit Loysel (2), le contumax « perd sa cause, bonne ou mauvaise, civile ou criminelle. » La procédure aboutit toujours au seul bannis-

1. Liv. VII, ch. 204 et 854.

2. *Inst. cout.*, règle 871.

sement (1). On sanctionne ainsi, en quelque sorte, la peine que le fugitif s'impose volontairement. Le bannissement s'étend à toute terre et tout domaine du seigneur comme de ses sujets; personne ne doit recéler le banni en connaissance de cause, et cette défense a une triple sanction : la maison du recéleur est abattue; le seigneur a le droit de confisquer tous ses biens à titre d'amende; enfin, le coupable est passible d'un emprisonnement, car « moult meffet à son seigneur, qui recèle son bani « en se terre (2). »

Le banni reparait-il plus tard, il doit prouver qu'il a ignoré les ajournements qui lui ont été faits ou démontrer son innocence. Faute par lui de faire l'une ou l'autre de ces preuves, ses terres sont ravagées, ses meubles saisis et confisqués. Est-il, au contraire, « purgié du « meffet par jugement », ses biens lui sont rendus.

Pendant tout le quatorzième siècle, le bannissement est encore la règle générale pour la peine de la contumace : l'histoire nous en fournit des exemples assez nombreux. Mais, dans les siècles qui suivent et particulièrement depuis le seizième, la règle subit une modification importante. Le bannissement n'est conservé que pour les crimes non capitaux ; quant aux autres, ils sont punis de mort et l'exécution a lieu par effigie. Dès lors l'usage des condamnations à mort par contumace devient assez fréquent. S'il faut en croire Ayrault, ces sortes de condamnations finirent même par être appliquées dès la fin du seizième siècle aux crimes non capitaux. « Il n'y a au-
« jourd'hui, dit cet auteur (2), si petit crime pour lequel

1. Esmein, *Hist. de la proc. crim. en France*, p. 154.

2. Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, cn. xli.

3. *De l'ordre judiciaire*, liv. IV, art. 2 § 22.

« nous ne donnions incontinent et en trois jours sentence de mort par contumace..... Si semble-t-il qu'il n'y a pas longtemps que ce style de condamner à mort par contumace a été introduit en France. »

A partir de la même époque on voit se produire un changement remarquable. Désormais l'accusé ne peut être condamné que sur la preuve de sa culpabilité (1) ; les charges doivent être vérifiées et la peine prononcée pour être exécutée « si pris et appréhendé peut être ». Il paraît toutefois que l'on continua à se montrer moins rigoureux dans les procédures par contumace, qu'en matière de poursuites contradictoires ; car au dix-huitième siècle, il était encore de principe de ne pas exiger pour la condamnation de l'absent d'aussi fortes preuves que pour les autres condamnations (2).

Les effets de la contumace sur les biens du rebelle sont dès lors précisés et réglementés. La saisie, qui avait lieu dès les premiers actes de la procédure à l'époque féodale, est maintenue sous le nom d'annotation (art. 25. Ordonnance de Villers-Cotterets, 1539). L'accusé qui ne comparaît pas dans l'année après la saisie, perd définitivement les fruits saisis (art. 80. Ordonnance du Roussillon, 1563) ; et s'il ne le fait pas dans les cinq ans à compter du jour de l'arrêt, la propriété de tous les biens dont la sentence avait prononcé la confiscation lui est enlevée (art. 28. Ordonnance de Moulins, 1566). De même, d'après cette dernière ordonnance, sont définitives et non sujettes à répétition les sommes adjugées soit au roi ou aux seigneurs haut-justiciers à titre d'amendes, soit aux

1. Loysel, *Inst. coutumières*, règle 871.

2. Muyart de Vouglans, *Sur l'art. 45 du titre XVII de l'ordonnance de 1670* ; — Jousse, *Traité de la justice criminelle. Défauts et contumaces*, n° 3.

parties civiles à titre de réparations pécuniaires. Cependant le roi peut accorder des lettres de grâce pour permettre de purger la contumace après les cinq ans et « remettre « la rigueur de l'ordonnance. »

Les règles de la contumace parvinrent à leur entier développement sous l'ordonnance de 1670 (titre XVII). Trois points étaient définitivement acquis :

1° La peine prononcée n'est que comminatoire. Bien que les témoins aient été entendus, et qu'il y ait eu récolement ; bien que la contumace doive être déclarée bien instruite, le rebelle ne subira en aucun cas la condamnation prononcée ; aussi est-il défendu d'insérer dans l'arrêt la clause « si pris et appréhendé peut être. » La seule comparution de l'accusé, volontaire ou forcée, suffit donc pour opérer l'anéantissement de la sentence. Du reste cette comparution est utile en tout temps : il n'est pas nécessaire qu'elle ait lieu à telle époque plutôt qu'à telle autre ; elle anéantit dans tous les cas le jugement (tit. XVII, art. 18 de l'ord.). Toutefois cela n'est rigoureusement vrai qu'en ce qui concerne la peine elle-même.

2° Après un an, les fruits des biens annuotés et le prix provenant des meubles appartenant au contumax sont définitivement perdus pour lui, dans le cas où le jugement de condamnation a prononcé la confiscation de ses biens ; après cinq ans, les condamnations pécuniaires, amendes et confiscations sont réputées contradictoires, de telle sorte que la partie civile peut poursuivre le paiement des dommages-intérêts qui lui ont été alloués sans crainte d'avoir à les restituer.

3° La mort civile, si la peine prononcée est de nature à l'entraîner, est encourue du jour de l'exécution par effigie ; mais elle est anéantie, avec le jugement de con-

tumace lui-même, si le condamné vient à se présenter, à être arrêté, ou à décéder dans les cinq ans. S'il se présente, ou n'est constitué qu'après ce délai, il faut qu'il obtienne des « lettres d'estér en droit » qui le remettront au même état où il était avant l'expiration des cinq années (1). Dans ce cas, s'il est absous ou si la nouvelle peine prononcée n'emporte pas la mort civile, il est réintégré dans ses droits, et s'il y avait confiscation, ses biens lui sont remis, à l'exception seulement des fruits de ses immeubles.

Dernière remarque : l'exécution par effigie, conséquence de la condamnation par contumace, n'est plus réservée qu'aux condamnations à mort. Cette peine grotesque, sorte d'infamie atteignant le condamné absent, s'exécute le plus généralement en suspendant à une poutre un mannequin ou toute autre représentation du condamné.

Quant aux condamnations aux galères, à l'amende honorable, au bannissement perpétuel, au fouet, au pilori, elles sont seulement écrites sur un tableau affiché en place publique par la main du bourreau, mais sans effigie. Enfin, pour toutes autres, on se contente de les signifier et d'en bailler copie au domicile du condamné.

Il y avait, dans cet ensemble de dispositions, un adoucissement éventuel au sort que la loi faisait au contumax, mais on ne peut méconnaître qu'il était insuffisant pour satisfaire la justice et l'humanité (2).

Le législateur de 1791 modifia complètement les mesures prises jusqu'alors. Son système est encore le fond du régime actuel.

1. Pothier, *Traité des personnes*, tit. III.

2. Pascaud, *Séquestre des biens du contumax* (*Rev. crit.*, année 1879, tome VIII).

Une ordonnance du président du tribunal criminel, portant qu'il sera fait perquisition de la personne du coupable en fuite, et publiée pendant deux dimanches consécutifs, une autre prononçant la déchéance du titre et des droits de citoyen français ouvrent la procédure de contumace qui se continue ensuite devant le jury de jugement. L'exécution par effigie est désormais la même pour toutes les condamnations et consiste dans l'inscription du jugement sur un tableau suspendu au milieu de la place publique. Le contumax se représente-t-il? son procès est refait, mais, même en cas d'absolution, il peut être condamné à huit jours de prison comme peine de sa désobéissance, et il est loisible au juge de lui adresser une réprimande publique pour avoir douté de la justice et de la loyauté de ses concitoyens (art. 12, l. du 16-23 sept. 1791).

Quant aux biens, « leur produit, aux termes de l'art. 13 « du titre IX du décret du 16 septembre 1791, doit être « versé pendant tout le temps de la contumace dans la « caisse du district; néanmoins si l'accusé a une femme et « des enfants, ou un père et une mère dans le besoin, ces « derniers pourront demander, sur les biens personnels de « leur parent, la distribution à leur profit d'une somme « qui sera fixée par le tribunal civil. » De plus, ces mêmes biens restent saisis au profit de la nation, pendant toute la vie de l'accusé. (Instruction des 29 septembre-24 octobre 1791.) Les héritiers peuvent néanmoins être envoyés provisoirement en possession des biens du contumax en donnant caution, après le laps de temps fixé pour la prescription de la peine. Ils ont même le droit d'en réclamer la restitution complète, à l'exception des fruits, après la mort de l'accusé légalement prouvée ou après cinquante ans à partir du jugement.

Ainsi donc plus de confiscation de biens, sauf en ce qui concerne les fruits. Puis le contumax posséda la faculté de se présenter en justice, tant qu'il n'a pas prescrit sa peine, d'anéantir ainsi, pour la plus grande partie, les conséquences des mesures dont il est l'objet (1).

Sous la législation révolutionnaire, ces dispositions continuent à être appliquées et sont plus tard reproduites par le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, qui consacre en outre d'une façon définitive le principe de la nécessité de la preuve du délit pour la condamnation.

Nous arrivons enfin à la législation actuelle. La procédure à suivre en matière de contumace est désormais réglée par le chapitre II, titre IV, livre II du Code d'Instruction criminelle.

Deux grandes innovations caractérisent cette procédure :

1° La suppression du jury : la cour seule est compétente pour statuer sur le fait et sur le droit.

2° La restitution des fruits ou revenus des biens séquestrés pendant la contumace.

Il était donc réservé au Code d'Instruction criminelle de 1808 d'appliquer enfin les véritables principes aux mesures pécuniaires prises contre les accusés absents pour les forcer à se représenter. La confiscation des biens et des fruits, telle que l'entendaient les législations anciennes, était en effet contraire à l'équité : elle dépassait le but que doit se proposer une législation soucieuse des principes du droit. « Sans doute, dit M. Pascaud, la « société peut édicter des mesures coercitives pécuniaires

1. Pascaud, *loc. cit.*; — Pison, *Étude sur la contumace* (*Revue de lég. anc. et mod.*, année 1876).

« contre les contumax pour les forcer à se présenter
« devant la justice. Mais ces mesures ne doivent avoir
« d'autre effet que de les priver momentanément de leurs
« ressources et de les contraindre par la misère à subir
« la peine de leurs crimes. Aller au delà, s'approprier
« les biens du coupable qui s'est représenté, c'est com-
« mettre une injustice que ni les nécessités de la représ-
« sion, ni l'intérêt social ne sauraient excuser (1). »

La revision du Code d'Instruction criminelle en 1838 n'a apporté aucun changement au chapitre des contumaces; mais nous devons noter la loi du 2 janvier 1850 qui a changé le mode d'exécution par effigie prescrit par l'ancien art. 472.

Remarquons aussi que les dispositions des art. 27 à 32 du Code civil, qui fixaient le sort du contumax atteint de mort civile, ont été abrogées par la loi du 31 mai 1854. Bien que des dispositions n'existent plus, il n'est pas sans intérêt de les connaître; car la loi de 1854 ayant fait des emprunts à la mort civile, il arrive souvent que les auteurs apportent les souvenirs du Code civil dans l'interprétation de cette loi. Nous en dirons un mot en traitant des effets de la condamnation par contumace sur les droits du condamné.

Quant à notre étude elle-même, nous la diviserons en quatre chapitres.

La procédure, soit de l'instruction, soit du jugement de la contumace, fera l'objet du premier. Le second traitera des effets de ce jugement sur les droits du condamné, et le troisième, des effets sur les biens. Enfin, dans un quatrième et dernier chapitre, nous verrons comment cesse l'état de contumace avec ses diverses conséquences.

1. *Loc. cit.*, p. 10.

CHAPITRE PREMIER

De la procédure en matière de contumace.

SECTION PREMIÈRE

INSTRUCTION DE LA CONTUMACE

Aux termes de l'art. 465 C. I. C., « lorsque après un
« arrêt de mise en accusation, l'accusé n'aura pu être
« saisi, ou ne se présentera pas dans les dix jours de la
« notification qui en aura été faite à son domicile, —
« ou lorsque après s'être présenté ou avoir été saisi, il se
« sera évadé, — le président de la cour d'assises, ou,
« en son absence le président du tribunal de première
« instance, et, à défaut de l'un et de l'autre, le plus
« ancien juge de ce tribunal rendra une ordonnance
« portant qu'il sera tenu de se représenter dans un
« nouveau délai de dix jours, sinon qu'il sera..., etc... »

Ainsi tout accusé d'un crime, qui ne peut être saisi
ou qui ne se présente pas, dans les dix jours de la
notification faite à son domicile de l'arrêt de mise en
accusation, est exposé à se trouver en état de contumace.

Pour prévenir cependant autant que possible ce fâ-
cheux état, la loi presumant que l'accusé n'a peut-être
pas eu connaissance des poursuites dirigées contre lui,
malgré la notification de l'arrêt de mise en accusation,

et la communication de cette même pièce au maire du domicile de l'accusé, ainsi qu'à celui du lieu du crime, art. 245 C. I. C., la loi, disons-nous, prend des mesures complémentaires, qui, si elles demeurent inefficaces, prouveront enfin, d'une manière presque certaine, la mauvaise foi, l'obstination (*contumacia*) de l'inculpé.

A cet effet, le président de la cour d'assises rend une ordonnance le sommant de se présenter dans un nouveau délai de dix jours, sous peine de déchéances graves. Faute de comparution dans cet intervalle, porte l'ordonnance, l'accusé sera déclaré rebelle à la loi (*contumax*); et en conséquence :

1° Il sera suspendu de ses droits de citoyen ; — 2° ses biens seront séquestrés ; — 3° toute action en justice lui sera interdite ; — 4° il sera jugé malgré son absence.

Enfin l'ordonnance prescrit à toute personne d'indiquer le lieu où se trouve l'accusé, et, pour que cela soit possible, elle fait mention du crime et de l'ordonnance de prise de corps.

Nous avons là les principaux effets légaux de la contumace.

Il importe que l'ordonnance, qui est une deuxième et solennelle assignation donnée à l'accusé, soit portée à sa connaissance. La loi prescrit en conséquence trois formalités, qui doivent être observées à peine de nullité (art. 466 et 470 C. I. C.) :

1° La notification de l'ordonnance au domicile de l'accusé, conformément aux règles ordinaires de la procédure (art. 68 et 69, 8° C. Pr. c.) ;

2° L'affichage de cette ordonnance à la porte du domicile de l'accusé, si ce domicile est connu, à celle du maire de la commune, et à la porte de l'auditoire de la cour d'assises ;

3° Sa publication à son de trompe ou de caissé, par un huissier, dans la commune du domicile de l'accusé, et s'il n'est pas connu, du chef-lieu des assises, le premier dimanche après le jour où elle est rendue.

Spécialement, en ce qui concerne la notification de l'ordonnance, la Cour de cassation, après avoir reconnu la nécessité de cette formalité, avait fini par décider que l'affichage de l'ordonnance de se représenter était seule nécessaire à peine de nullité (Cass., 24 novembre 1826; 8 avril 1826; 24 novembre 1826); qu'elle valait notification de l'ordonnance, et suffisait, dès lors, pour remplir le but de la loi (art. 470). La Cour suprême est revenue aujourd'hui à sa première jurisprudence, en jugeant que la notification au contumax est une formalité distincte de la publication, et doit, comme cette dernière, être observée à peine de nullité (Cass., 23 juin 1833; 17 janvier 1862) (1). Cette interprétation est d'ailleurs là seule conforme à l'art. 470 C. I. C., qui, en obligeant la cour d'assises à prendre connaissance de l'acte de notification de l'ordonnance, ayant pour objet la représentation du contumax, entend virtuellement que cet acte doit être distinct du procès-verbal dressé pour constater la publication et l'affichage de l'ordonnance, et veut, par cela même, que le ministère public soit tenu d'y faire procéder et de la produire. (En ce sens, Faustin-Hélie, tome VIII, n° 3871; Nouguier, n° 3630; Morin, v° *Contumace*, n° 6 et 7.)

Ces formalités, une fois accomplies, la loi donne à l'accusé un délai de dix jours pour se représenter. Comparait-il dans ce délai? Il est procédé suivant les formes ordinaires. Dans le cas d'une non-comparution, ou si,

1. D. P. 62. 1. 198.

après avoir été saisi ou s'être constitué prisonnier, l'accusé s'est ensuite évadé, l'art. 467 décide qu' « après ce « délai de dix jours, il sera procédé au jugement de la « contumace. » L'obstination de l'accusé est pour ainsi dire manifestement démontrée à partir de ce moment, car il n'est guère admissible qu'il ait pu ignorer l'accusation dont il est l'objet, après l'ensemble des moyens pris par la loi pour la lui faire connaître. Dès lors commence véritablement pour lui l'état de contumace, dont les conséquences sont très graves, mais justement méritées par suite de sa rébellion et de sa désobéissance aux décrets de la justice.

SECTION DEUXIÈME

DU JUGEMENT DE LA CONTUMACE

Dans quel sens doit-on entendre l'art. 467? Faudra-t-il, de toute nécessité, que l'accusé soit jugé immédiatement après l'expiration du délai de dix jours, qui lui est accordé par l'ordonnance? Il est bien évident que ce n'est pas là ce qu'a voulu dire l'article précité. L'interprétation la plus rationnelle consiste à dire qu'il ne pourra être procédé au jugement que lorsque les dix jours seront écoulés; mais que, passé ce délai, l'affaire ne viendra qu'à son tour de rôle, et qu'autant que la session de la cour d'assises sera ouverte.

On peut se demander maintenant à partir de quel acte doit être fixé le délai, lorsque la notification à l'accusé et la publication n'ont pas eu lieu le même jour. Nous pensons, avec M. Noguier(1), que ce ne sera qu'à partir

1. N° 3634.

du dernier acte, parce que la mise en demeure de l'accusé ne peut résulter que de l'ensemble des mesures prescrites par la loi, pour porter à sa connaissance l'ordonnance du président des assises. Au reste, ce délai doit être assimilé à tous les autres délais d'assignation : on ne comptera donc dans les dix jours ni celui de la notification ou de la publication, ni celui de l'échéance ; le délai s'augmentera en outre à raison des distances.

Nous arrivons au jugement. Comment sera instruit et rendu l'arrêt par contumace ?

Aux termes de l'art. 468 C. I. C., « aucun conseil, « aucun avoué ne pourra se présenter, pour défendre l'accusé contumax ». Nous ajouterons qu'aucune exception, même d'incompétence, ne pourra être élevée en son nom.

Cette rigueur se comprend sans peine. Quel a été le but de la loi en organisant la contumace ? Forcer l'accusé rebelle à comparaître devant ses juges. Or, on n'arriverait que bien difficilement au résultat désiré, si on lui donnait toutes les garanties dont jouissent les accusés présents.

Cependant, pour empêcher que, par quelque circonstance qui pourrait être indépendante de sa volonté, l'accusé ne fût victime d'une injuste sévérité, la loi a prévu le cas où il serait absent du territoire européen de la France et celui aussi où il serait dans l'impossibilité absolue de comparaître, et elle autorise ses parents ou ses amis à présenter son excuse à la cour ou à en plaider la validité (art. 468). Nous croyons contrairement, à l'opinion de M. Legraverend (1), que la règle de l'art. 468 doit s'appliquer à toute impossibilité, quelle qu'en soit la cause. La loi ne distingue pas si la cause de l'ab-

1. *Législation criminelle*, t. II, p. 365.

sence ou de l'impossibilité alléguée est ou non répréhensible. Ainsi, supposons qu'un accusé soit à purger à l'étranger une condamnation prononcée contre lui; son excuse n'en devrait pas moins être admise, car il lui est absolument impossible d'obéir aux sommations de la justice.

La prétention des amis ou parents du contumax doit se réduire à une demande de délai : ceux-ci ne sauraient être admis, sous aucun prétexte, à discuter l'accusation. Certains auteurs, MM. Rauter (1) et Legraverend (*loc. cit.*), notamment, professent une opinion contraire; mais leur avis ne saurait prévaloir contre le sens clair et positif de la loi. Il suffit pour s'en convaincre de lire les art. 468, 469 et 470 C. I. C. Mais si aucun des parents ou amis ne se présente pour plaider l'excuse, la cour, d'après le vu des pièces, pourrait-elle d'office accorder un délai ? La négative semble avoir été décidée par un arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1839, dans lequel on lit « qu'il est évident que le sursis prononcé hors le cas de l'art. 469 et l'information ordonnée sur les causes de la non-comparution de l'accusé, constituent un acte illégal et une violation de la loi. » M. Faustin-Hélie tient pour l'affirmative et son opinion paraît fondée. « S'il était constaté, dit-il, que l'accusé est absent du territoire ou qu'il se trouve, par l'effet d'une maladie, dans l'impossibilité de se rendre, on ne voit pas pourquoi la cour, si elle reconnaît la légitimité de l'excuse, n'accorderait pas un délai. L'art. 469 ne subordonne pas la légitimité de l'excuse, ce qui serait absurde, à l'appui que peuvent lui donner les parents ou les amis (2). »

1. *Dr. crim. franç.*, t. II, p. 517, note 2.

2. *Théorie du Cod. d'inst. crim.*, t. VIII, n° 3873.

La défense orale est seule prohibée : il semble donc que le contumax pourrait produire devant la cour des mémoires justificatifs ? Nous le croyons pas, pour cette raison bien simple que cette défense écrite serait une plaidoirie. Or toute plaidoirie est prohibée par l'esprit de la loi, comme contrariant son but. Il est vrai que l'accusé absent peut bien, comme tous les autres accusés, produire devant la chambre des mises en accusations les mémoires qu'il juge convenables pour sa justification, car l'art. 217 C. I. C., qui accorde aux prévenus cette faculté, n'établit aucune distinction entre le prévenu présent ou absent ; mais on ne saurait étendre cette décision à la contumace, puisqu'elle ne commence qu'après la notification de l'arrêt de mise en accusation.

Supposons maintenant que l'excuse présentée au nom de l'accusé soit trouvée légitime par la cour ; que fera celle-ci ? Son premier soin sera d'ordonner qu'il soit sursis au jugement de l'accusé et au séquestre de ses biens, pendant un temps qui sera fixé, eu égard à la nature de l'excuse et à la distance des lieux (art. 469 C. I. C.) ; de plus un extrait de cet arrêt sera immédiatement transmis par le procureur général ou son substitut au directeur de l'Enregistrement, afin que la mise en séquestre des biens soit réellement suspendue. Remarquons que la loi, en disant qu'il pourra être sursis au séquestre, commet une inexactitude de langage, car le séquestre existe si l'ordonnance a reçu son inexécution : ce n'est donc qu'une mainlevée provisoire de cette mesure que peut accorder la cour d'assises.

Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas présenté d'excuse, ou lorsque l'excuse n'est pas admise, il est procédé de suite à la lecture de l'arrêt de

renvoi devant la cour d'assises, de l'acte de notification de l'ordonnance, ayant pour objet la représentation du contumax, et des procès-verbaux, dressés pour en constater la publication et l'affiche (art. 470 C. I. C.). Toutes les dépositions des témoins consignées dans l'instruction écrite doivent être également lues, car il est impossible que la cour puisse former sa conviction sans ces déclarations. Le silence du Code d'Instruction criminelle, sur ce point, doit être suppléé par ce que portait l'art. 471 du Code de brumaire an IV. Mais les témoins ne sont pas appelés à déposer oralement. « Cette déposition
« orale, dit M. Legraverend (1), n'ajouterait rien aux
« dépositions écrites. Ce serait en vain que l'on cherche-
« rait quelques éléments nouveaux de conviction, dans
« la répétition que les témoins viendraient faire verba-
« lement de ce qu'ils ont déjà dit. Les dépositions orales
« n'acquièrent de force que par la contradiction que peut
« leur opposer l'accusé. »

Une autre dérogation non moins grave au droit commun consiste dans la suppression de la garantie du jury. Nous avons là une innovation du Code d'Instruction criminelle. Le Code de brumaire an IV ne faisait pas cette exception au principe proclamé par la Constituante de l'intervention des jurés dans tout procès criminel.

L'art. 470 qui l'établit a été critiqué par certains criminalistes comme un retour fâcheux vers la pratique condamnée de notre ancienne procédure pénale, dont l'excessive rigueur dans les peines et la précipitation dans les formes faisaient le caractère dominant. M. Cholley, l'un des rédacteurs du Code de 1808, l'a justifié d'avance contre ce reproche. Il suffit, pour s'en convain-

1. *Loc. cit.*, p. 567.

cre, de lire dans les Travaux préparatoires les raisons alléguées par la Commission législative. « L'espèce d'ins-
« truction faite devant les jurés, en matière de contumace,
« dit le rapporteur du vœu de la Commission, M. Chol-
« ley (1), n'est en quelque sorte qu'une pure formalité.
« Fatigués par la lecture de longues procédures, leur
« attention se porte tout entière sur le réquisitoire du pro-
« cureur général ou sur le résumé du président, et en
« cela encore le but de l'institution n'est pas atteint. Il est
« donc vrai qu'en matière de contumace, l'emploi des
« jurés est une erreur de la législation ; il est plus con-
« venable, même à l'intérêt de l'accusé absent, de con-
« fier son sort à l'expérience des juges, qui examineront
« les charges avec attention, que de l'abandonner à la
« conscience des jurés, pour laquelle il n'existe de vraie
« source de conviction que dans la chaleur et la contra-
« diction d'un débat... Vous regarderez sans doute,
« Messieurs, ce changement comme une amélioration.
« Il ne comporte aucun inconvénient, puisqu'en sup-
« posant que la sévérité des juges leur fit rendre un ar-
« rêt trop rigoureux, l'accusé en se représentant fera
« tomber sa condamnation. »

Au reste, en admettant que l'institution du jury soit une garantie, doit-on dire qu'un accusé rebelle la mérite ? Puis de quoi ce dernier pourrait-il se plaindre, puisqu'il lui suffit de présenter pour que son procès soit refait avec toutes les garanties de droit commun ?

Après la lecture des actes de la procédure, la cour, sur les conclusions du procureur général ou de son substitut, et après avoir entendu les parties civiles, s'il y a lieu, prononce sur la contumace. Malgré la fuite de l'ac-

1. *Loché, Trav. prép.* t. XXVII, p. 172.

cusé et son état de désobéissance, la loi exige formellement que la cour d'assises examine avec soin la régularité de la procédure, et elle fait un devoir aux magistrats de maintenir, à l'égard des accusés contumax, comme à l'égard des accusés présents, les formes solennelles et protectrices dont sont environnées les procédures criminelles : c'est même, en cas de contumace, un devoir d'autant plus impérieux pour les juges de donner à cet examen une attention particulière, que l'accusé ne peut pas, comme dans les procédures contradictoires, faire valoir par lui ou par un défenseur les irrégularités dont la procédure pourrait être entachée, et que la décision, sur ce point, comme sur le fond de l'accusation, appartient entièrement à la conscience du juge (Legraverend, *Lég. crim.*, p. 568, tome II).

Si l'instruction n'est pas conforme à la loi, la cour doit la déclarer nulle et ordonner qu'elle soit recommencée à partir du plus ancien acte illégal (art. 470 C. I. C.). Il ne s'agit, bien entendu, ici, que de l'instruction de la contumace, en un mot, de celle qui a suivi l'arrêt de mise en accusation.

L'instruction est-elle régulière? La cour doit prononcer sur l'accusation et statuer sur les intérêts civils, c'est-à-dire accorder aux parties civiles les dommages-intérêts qui leur sont dus. Dans ces conditions, elle peut prononcer, soit l'acquittallement, soit l'absolution, soit, enfin, la condamnation. Elle peut aussi se déclarer incompétente, si le fait incriminé lui paraît devoir être qualifié autrement que ne l'a fait l'arrêt de renvoi. Il a été jugé en ce sens que : « la cour d'assises ne peut « être liée par la qualification que la chambre d'accusa-
« tion a donnée aux faits » (Crim. rej., 21 avril 1820).

L'arrêt rendu par contumace ne doit donc pas être,

nécessairement, une condamnation. Le défaut de comparution du contumax n'est pas, en effet, à lui seul, un motif suffisant pour le condamner sans examen (1). Le décret du 4 thermidor an II ordonnant qu'en vertu d'une *présomption légale*, l'accusé contumax fût toujours considéré comme coupable, est une de ces dispositions qu'expliquent, sans les justifier, les circonstances politiques, au milieu desquelles elles ont été prises. Toutefois, il faut bien reconnaître que ce droit d'acquittement, à l'égard du contumax, est resté à peu près à l'état de principe théorique, car, de 1826 à 1880, deux acquittements seulement, sur 244 accusés contumax, ont été prononcés, soit 15 pour 1000.

Tout en condamnant, la cour peut très bien ne le faire que sur quelques-uns des chefs d'accusation. Elle peut même, lorsqu'elle ne décline pas son incompétence, dépouiller le fait de son caractère de crime et ne prononcer que des peines correctionnelles. (Crim. cass. 21 avril 1820; Faustin-Hélie, t. VIII, n° 3874; Garraud, *Précis de dr. crim.*, n° 606.)

Elle peut aussi admettre des faits d'excuse. (Crim. rej. 4 octobre 1821.) Pourrait-elle accorder des circonstances atténuantes?

Deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 4 mars 1842 (2), l'autre du 14 septembre 1843 (3), lui refusent ce pouvoir en se fondant sur ce que le droit de déclarer

1. Legraverend, t. XI, p. 569; — Bourguignon, *Man. d'inst. crim.*, t. I, p. 586; — Faustin-Hélie, t. VIII, n° 3874; — Le Sellyer, *Traité de la compétence*, t. II, n°s 496 et 497; — Trébutien, *Cours de droit criminel*, n° 649; — voir aussi en ce sens Jousse, *Inst. crim.*, t. II, p. 414.

2. Sir. 1842. 1. 471. •

3. Sir. 1843. 1. 919.

des circonstances atténuantes n'est accordé qu'au jury par les art. 344 C. I. C. et 463 C. P. et que d'ailleurs, celles-ci ne sauraient être reconnues que par le résultat d'un débat oral et contradictoire. Cette interprétation nous semble rigoureuse, et l'opinion contraire soutenue par la plupart des auteurs nous paraît préférable. (En ce sens : MM. Ortolan, t. II, n° 2339 ; Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. VI, n°s 2693 et 2694 ; Bertauld, *Cours de Code pénal*, p. 371 ; Le Sellyer, *Traité de la crim. et de la pén.*, t. I, n° 324 ; Villey, *Précis de dr. crim.*, p. 470 ; Garraud, *Préc. de dr. crim.*, n° 269.)

D'abord il est certain que la cour d'assises, statuant par contumace, a tous les pouvoirs des tribunaux correctionnels et peut admettre comme eux des circonstances atténuantes, si le fait n'est qu'un délit ; ni les textes, ni les principes ne s'opposent, en effet, à ce qu'on déclare des circonstances atténuantes en faveur du prévenu qui fait défaut (Cass. 1^{er} déc. 1812 (1), art. 463). Il y aurait donc dans la loi une contradiction inexplicable, si la cour d'assises avait en matière correctionnelle, un droit qu'on lui refuse en matière criminelle.

Toute la difficulté de la question est dans les textes.

Nous devons admettre que l'art. 344 C. I. C. et l'art. 463 C. P. n'ont prévu, en organisant le système des circonstances atténuantes, que le cas où ces circonstances seraient déclarées par le jury, ce qui est en effet le cas le plus ordinaire. Mais quelle est la conséquence de ces dispositions ? C'est que le jury, tant qu'il siège, peut seul reconnaître les circonstances atténuantes ; la connaissance de ce fait lui est dévolue comme celle de tous les autres faits de l'accusation. Quand le jury a cessé

1. Sir. 1843. 1. 364.

de siéger, quand ses pouvoirs sont attribués aux juges, quand ceux-ci cumulent les fonctions de juges et de jurés, pourquoi seraient-ils privés d'une seule des attributions de ces jurés ? Il faut reconnaître qu'en matière de contumace les juges sont jurés, et leur laisser dès lors la faculté autorisée par les art. 341 C. I. C. et 463 C. P.

Le deuxième argument invoqué par la jurisprudence ne saurait non plus être admis : les circonstances atténuantes pouvant être relevées tout aussi bien par la lecture des pièces écrites que par un débat oral et contradictoire.

L'arrêt est rendu : supposons d'abord l'accusé acquitté par la cour d'assises. Cet arrêt aura-t-il les mêmes effets que s'il avait été rendu contradictoirement ? En un mot l'art. 360 et la maxime : « non bis in idem » qu'il consacre, sont-ils applicables au cas d'arrêts d'acquiescement rendus par contumace ?

Aux termes de l'art. 476. C. I. C. lorsque l'accusé contumax se représente ou est arrêté, avant que la peine soit éteinte par la prescription, le jugement par contumace et les procédures faites *contre* lui sont anéantis de plein droit ; cet article n'étend pas la même disposition aux jugements rendus *en faveur* de l'accusé. Ces derniers jugements, à la différence des premiers, ne perdent donc point leur autorité par le retour de l'accusé, mais donnent lieu à l'application de l'art. 360 C. I. C. et de la maxime : « non bis in idem » ; ce que les premiers ne sauraient faire. Au surplus l'art. 360 ne distingue pas entre l'acquiescement prononcé contradictoirement ou par contumace. (Faustin-Hélie, t. II, n° 993 ; Le Sellyer, *Act. pub. et priv.*, n° 685.)

Il en était de même dans notre ancien droit : « Quand « l'accusé, dit Jousse, a été absous par contumace, on

« ne peut le faire arrêter et juger de nouveau, à moins
« qu'il n'y ait appel *a minima* de la partie publique,
« parce que ce n'est qu'en faveur de l'accusé que la con-
« tumace est mise à néant par sa représentation : or sui-
« vant la maxime de droit : « quod in favorem alicujus
« introductum est, non debet adversus eum retorqueri. »
La Cour de cassation a consacré cette règle dans les
termes les plus précis sous le Code de brumaire an IV et
sous le Code d'Instruction criminelle (Cass. 15 nov. 1824
Bull., n° 177. — 18 vent. an XII. — J. P., t. III, p. 655).

La décision est nécessairement la même à l'égard des
arrêts d'absolution.

Prenons l'hypothèse inverse : celle de la condamnation
de l'accusé. L'arrêt de condamnation n'aura qu'un ca-
ractère provisoire et précaire, puisqu'il sera anéanti de
plein droit aux termes de l'art. 476 C. I. C., à la repré-
sentation volontaire ou forcée du condamné. Toutefois
cet arrêt n'est pas sans une certaine autorité. Tant qu'il
n'y a pas représentation volontaire ou forcée du contu-
max, il s'impose, en effet, à la juridiction civile, en ce qui
concerne l'existence du fait reconnu comme constant.
C'est ainsi qu'il a été jugé par la cour de Paris, le 22 dé-
cembre 1873 (1), que : « l'arrêt de la cour d'assises qui
« condamne par contumace, pour crime de faux, le sous-
« cripteur de billets par lui revêtus de la fausse signature
« de sa femme, met obstacle à ce que cette femme soit
« poursuivie en payement comme signature des dits
« effets. » La cour de Nîmes, le 31 décembre 1878, et la
cour d'Orléans, le 22 janvier 1880, ont jugé de même
que les décisions rendues au criminel, même par contu-
mace, ont à l'égard de tous l'autorité de la chose jugée,

1. D. P. 74. 2. 147.

en ce sens qu'il n'est pas permis de remettre en question au civil le fait qu'elles affirment ou qu'elles nient. Au reste, nous verrons à la fin de ce chapitre quel est, suivant nous, le véritable caractère d'un arrêt de condamnation par contumace.

Après avoir prononcé sur l'accusation, la cour statue sur les intérêts civils (art. 470 C. I. C.), c'est-à-dire qu'elle accorde, s'il y a lieu, aux parties civiles, les dommages et intérêts qui leur sont dus, ainsi que la restitution des effets mobiliers, qui peuvent leur avoir été enlevés. La question s'est élevée de savoir si, lorsque les demandes formées par la partie civile peuvent froisser les intérêts des tiers, ceux-ci sont recevables non plus pour prendre la défense du contumax mais pour sauvegarder leurs propres droits. Dans une poursuite en faux dirigée contre un accusé contumax, la femme de cet accusé s'était présentée pour soutenir la sincérité de l'acte argué de faux : cette intervention a été jugée non recevable, parce que l'arrêt de la cour d'assises ne devait pas avoir pour effet de prononcer sur la validité de l'acte, et que par conséquent cet incident sortait de sa compétence (Cass. 24 janvier 1850) (1).

Nous venons d'examiner le rôle de la cour d'assises jugeant par contumace. Il nous reste à nous demander par quelles personnes l'arrêt quelle aura rendu pourra être attaqué?

Ce droit n'est accordé qu'au ministère public et à la partie civile pour ce qui la regarde (art. 473 C. I. C.). Bien plus, il n'est pas nécessaire que le pourvoi en cassation fait par ces personnes soit dénoncé au condamné.

1. Sir. 50. 1, 440.

Cette règle peut facilement s'expliquer : si le contumax ne se représente pas, il ne peut répondre aux arguments du pourvoi, puisque toute défense lui est interdite par la loi. Alors à quoi bon lui en faire la signification ? S'il se représente, le jugement de condamnation est anéanti et le pourvoi tombe nécessairement avec l'arrêt qu'il avait pour objet de faire annuler.

Le contumax ne peut donc attaquer par aucune voie l'arrêt qui le condamne : c'est une nouvelle punition de sa rébellion et une troisième dérogation au droit commun. Il a été cependant jugé que la règle qui interdit le recours en cassation à l'accusé contumax souffre exception à l'égard du jugement rendu par un tribunal incompétent, *à raison de la matière*, comme si un tribunal maritime a prononcé par contumace sur un délit dont la connaissance appartient à la juridiction ordinaire (Cass., 20 fruct. an XIII), et, bien que rendue sous le Code de brumaire, cette décision ne perd rien de son autorité par ce motif ; car l'art. 473 de ce code n'était pas moins positif que le Code d'Instruction criminelle sur l'interdiction faite au contumax de se pourvoir en cassation.

Il peut arriver que l'accusé absent soit mort avant la condamnation survenue. Dans ce cas les héritiers peuvent-ils demander que l'arrêt soit rapporté, ou, plutôt, cet arrêt n'est-il pas de *plein droit* non avenu ? D'après l'art. 34 C. C. abrogé par la loi du 31 mai 1854, le décès du contumax avant le jugement anéantissait celui-ci de plein droit. Aujourd'hui il n'en est plus ainsi : les héritiers doivent demander l'annulation de l'arrêt. Devant quelle juridiction ? On peut s'appuyer, pour répondre à cette question, sur un arrêt de la Cour suprême du 25 octobre 1821, décidant que « l'arrêt rendu par contumace, « et conséquemment par défaut, est soumis aux règles

« générales relatives aux jugements par défaut, et « qu'ainsi il est susceptible d'être rapporté par les juges « qui l'ont rendu. » Tel est aussi le sentiment général des auteurs (1). Les héritiers demanderont donc l'annulation à la cour d'assises qui a rendu l'arrêt, en produisant, à l'appui de leur demande et pour la justifier, la preuve que le décès de l'accusé est antérieur à cet arrêt.

Quant à la manière dont s'exécutent les arrêts par contumace, elle est aujourd'hui bien simplifiée.

L'art. 472 C. I. C. voulait qu'un extrait du jugement de condamnation fût dans les trois jours, à la diligence du procureur général ou de son substitut, affiché par la main du bourreau à un poteau planté au milieu d'une des places publiques de la ville, chef-lieu d'arrondissement où le crime avait été commis. Mais la peine de l'exposition publique ayant été abolie par un décret du 12 avril 1848, on avait induit de là que le mode d'exécution des jugements par contumace ne pouvait plus s'effectuer suivant les formes de l'art. 472 : cette affiche sur un poteau étant une sorte d'exposition. Cependant une communication du gouvernement du 27 avril 1849 avait répudié cette interprétation et maintenu l'obligation de l'affiche du nom du condamné, tout en convenant qu'elle lui imprimait une flétrissure qu'il eût fallu pouvoir éviter. C'est pour répondre à ce vœu que la loi du 15 janvier 1850 est venue modifier l'art. 472. Désormais : extrait du jugement de condamnation sera, dans les huit jours de sa prononciation, à la diligence du procureur général ou de son substitut, inséré dans l'un des jour-

1. Legraverend, *Lég. crim.*, t. I, ch. 1, p. 66; — Faustin-Hélie, t. VIII, n° 3873.

naux du département du dernier domicile du condamné. Il sera affiché en outre à la porte : 1° de ce domicile ; 2° de la maison commune du chef-lieu d'arrondissement où le crime a été commis ; 3° du prétoire de la cour d'assises. Pareil extrait sera dans le même délai adressé au directeur de l'administration de l'Enregistrement et des Domaines du domicile du contumax.

Cette exécution, qui ne consiste plus que dans une publicité infamante, a conservé néanmoins son nom primitif d'exécution par effigie.

En traitant de la procédure du jugement par contumace, nous avons omis une hypothèse qui peut cependant se présenter parfois : il est possible que le contumax ait des coaccusés *présents*. Dans ce cas l'art. 474 décide que la contumace d'un accusé ne suspendra ni ne retardera de plein droit l'instruction à l'égard de ses coaccusés présents. D'après Legraverend (1), la loi a voulu dire que « si les magistrats n'ont aucun motif puisé dans « l'intérêt de la vindicte publique pour opérer cette suspension, il doit être passé outre au jugement des présents, sans attendre que la contumace soit solennisée. » D'ailleurs, lorsque l'affaire est portée devant une cour d'assises, les accusés présents et leur coaccusé contumax ne peuvent pas être jugés ensemble, ni compris dans le même jugement, puisqu'à l'égard des premiers l'assistance des jurés est indispensable, tandis qu'elle est interdite pour le contumax.

L'art. 474 ajoute que « la cour pourra ordonner après « le jugement de ceux-ci (les accusés présents) la remise « des effets déposés au greffe comme pièces de conviction, lorsqu'ils seront réclamés par les propriétaires

1. *Op. cit.*

« et ayants droit. Elle pourra aussi ne l'ordonner qu'à
« la charge de représenter, s'il y a lieu. Cette remise
« sera précédée d'un procès-verbal de description dressé
« par le greffier à peine de cent francs d'amende. »

Nous aurons à examiner dans les chapitres suivants les effets d'une condamnation par contumace. Ces effets consistent surtout dans des incapacités destinées : 1° à punir la fuite de l'accusé : 2° à le forcer à venir se livrer entre les mains de la justice. Avant de les voir en détail, demandons-nous quels jugements les entraînent. Ce sont, en général, toutes les sentences par contumace émanées des juridictions françaises, ainsi : arrêts de nos cours d'assises, ou de la cour d'appel d'Aix, statuant sur les crimes commis dans les Échelles du Levant ou de Barbarie (L. 28 mai 1836, art. 74); arrêts du Sénat constitué en Haute-Cour de justice (L. du 24 fév. 1875, art. 9); jugements des conseils de guerre. Ces derniers cependant n'entraînent pas l'interdiction d'agir en justice, car aucun texte ne les autorise à la proclamer et l'ordonnance du président ne contient pas, à la différence de celle des présidents d'assises, la menace de cette déchéance pas plus que celle de la mise en séquestre durant l'instruction.

D'autre part, les condamnations par contumace présentent ce caractère spécial que, bien qu'elles ne soient pas irrévocables, elles sont à certains égards exécutoires par provision, par exemple en ce qui concerne la dégradation civique, qui est encourue du jour de l'exécution par effigie (art. 28 C. P.) et les incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit, qui frappent les condamnés à des peines afflictives perpétuelles, cinq ans après l'exécution par effigie (L. 31 mai 1854). Il y a là une

manière de voir bizarre, car il est certain que, pendant les délais de la prescription de la peine, une condamnation par contumace ne peut être exécutée, parce qu'elle n'est pas irrévocable, et que, en ce qui regarde les peines criminelles qu'elle prononce, elle a simplement un caractère comminatoire, puisque la représentation du condamné a pour effet d'anéantir l'arrêt de plein droit. Dès lors, comment se fait-il qu'une condamnation, qui n'est pas exécutoire, s'exécute cependant dans certaines de ses parties?

M. Garraud, qui a traité la question, nous semble avoir trouvé la véritable explication de cette singulière disposition de la loi. D'après le savant professeur de la Faculté de droit de Lyon (1), la condamnation par contumace est prononcée non pas sous la *condition suspensive* de l'expiration des délais de prescription, mais sous la *condition résolutoire* de la comparution du condamné. En un mot, ce n'est pas l'expiration des délais de prescription qui fait produire à l'arrêt de contumace les effets dont il est susceptible : c'est au contraire la comparution du condamné qui anéantit rétroactivement les effets produits par cet arrêt. C'est d'ailleurs le point de vue de la loi, car l'art. 476 porte que : « Si l'accusé se constitue prisonnier ou s'il est arrêté, avant que la peine soit éteinte par prescription, le jugement rendu par contumace et les procédures faites contre lui depuis l'ordonnance de prise de corps ou de se représenter seront *anéantis de plein droit*. » D'un autre côté, le séquestre est acquis contre le contumax à partir de l'arrêt (C. I. C. art. 471); et enfin celui-ci peut prescrire sa peine; ce

1. *Précis de droit criminel.*, n° 629; — *Questions pratiques sur la contumace* (*Revue critique*, 1878, p. 369).

qu'il ne pourrait faire si elle était prononcée sous condition suspensive.

Le contumax est donc condamné, comme l'acheteur à réméré est propriétaire. De même que ce dernier peut, entre temps, invoquer les droits de propriété et doit en subir les charges, de même le contumax supporte immédiatement les conséquences civiles du jugement (Nusse, n° 256).

Nous croyons utile, tout en adoptant cette opinion dans son principe, de mentionner dès à présent une restriction que nous nous verrons forcé d'y apporter dans la suite. A notre sens, les condamnations par contumace sont bien susceptibles de produire les effets ordinaires des jugements, sauf une résolution éventuelle par suite de la comparution du contumax, et dès lors elles ont, jusqu'à un certain point, l'autorité de la chose jugée; mais il ne faut pas aller trop loin dans l'application de ce principe et en tirer, d'une façon inéluctable, toutes les conséquences. Il y a certains cas, en effet, où on serait obligé d'aller contre l'esprit de la loi et contre les textes mêmes du Code.

CHAPITRE II

Des effets du jugement de condamnation par contumace sur les droits du condamné.

Le contumax, qui vient d'être condamné, était déjà, avant l'arrêt de contumace, frappé de certaines incapacités, qui se trouvent confirmées par la condamnation, et auxquelles viennent s'en ajouter d'autres qui sont la conséquence de la peine dont il est frappé.

Ces déchéances ou incapacités atteignent le contumax et dans sa personne et dans ses biens. Nous ne nous occuperons, dans ce chapitre, que de celles qui ont rapport aux droits du condamné.

Nous étudierons, dans une première section, les incapacités antérieures à la condamnation et persistant après l'arrêt de contumace. Dans une deuxième section, nous passerons en revue les incapacités de droit commun, s'appliquant au cas de condamnation à une peine perpétuelle, comme au cas de condamnation à une peine criminelle temporaire. Nous traiterons, en troisième lieu, de l'incapacité spéciale à la condamnation à une peine perpétuelle.

Enfin nous consacrerons une quatrième section à traiter de l'autorité de la chose jugée par contumace : 1° quant aux réparations civiles ; 2° quant à la rescision de la saisine pour cause d'indignité ; 3° quant à la de-

mande en séparation de corps ou en divorce formée contre le contumax.

SECTION PREMIÈRE

DES INCAPACITÉS ANTÉRIEURES A LA CONDAMNATION ET PERSISTANT APRÈS L'ARRÊT DE CONTUMACE

L'ordonnance du président de la cour d'assises, rendue en vertu de l'art. 465 C. I. C., somme, comme nous l'avons vu, l'accusé de se présenter dans un délai de dix jours, passé lequel, il sera déclaré rebelle à la loi, le suspend de ses droits de citoyen et lui enlève le droit d'agir en justice.

§ 1. — Suspension des droits de citoyen.

Dans quel sens doit-on entendre cette expression ?

L'opinion générale est que ces mots doivent être entendus dans le sens que leur donnait la Constitution du 22 frimaire an VIII (art. 2 et 5), sous l'empire de laquelle le Code d'Instruction criminelle a été décrété : c'est-à-dire que le contumax est suspendu de ses droits *politiques* (1). M. Duranton (t. I, p. 476) professe une opinion contraire. Mais son opinion a d'abord l'inconvénient de s'écarter de la règle, d'après laquelle, en cas de doute, les lois pénales doivent être interprétées dans le sens le plus favorable : « Interpretatione legum pænæ « molliendæ sunt potius quam asperandæ (2). » Bien plus, elle aboutit à créer, en matière de contumace, une suspension de droit bien plus étendue que dans un procès contradictoire. En effet, l'art. 5 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, qui n'a pas été abrogé, et qui con-

1. Demante, tome I, n° 56; — Demolombe, tome I, n° 224.

2. L. 42. D. *De pænis*.

sacre un principe fondamental de notre droit public, ne parle que de la suspension des droits politiques, par suite de l'état d'accusation. Que cette règle s'applique toujours à l'accusé présent, cela ne fait de doute pour personne. Mais ses termes sont généraux et nulle part le législateur n'a montré l'intention de l'abroger à l'égard du contumax. Il faut donc interpréter l'art. 465 par l'art. 5 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

La suspension des droits politiques persiste après la condamnation, le contumax ayant été, *d'une manière générale*, à partir de l'ordonnance de se représenter : « suspendu de l'exercice de ses droits de citoyen. » Au surplus, si l'arrêt de contumace a prononcé une peine criminelle, cette peine emporte la dégradation civique qui confirme et aggrave cette suspension.

§ 2. — De la prohibition d'agir en justice.

L'interdiction d'agir en justice a puisé son origine dans l'ancien droit coutumier. L'ordonnance de Rousillon, de janvier 1563, défendait au contumax, tant qu'il ne s'était pas présenté devant ses juges, d'intenter aucune action tendant à faire tomber l'arrêt qui l'avait frappé. C'est ainsi qu'il ne pouvait l'attaquer pour cause d'incompétence ou d'excès de pouvoir, ni en demander la revision. On formulait, d'ordinaire, cette incapacité de la manière suivante : « Toute audience doit être absolument déniée au contumax, jusqu'à ce qu'il se soit mis en état, c'est-à-dire constitué prisonnier (1). »

Mais, notons bien que cette déchéance était purement relative et ne s'appliquait qu'aux actions concernant la poursuite par contumace.

1. Pison, *loc. cit.*

La loi du 16 septembre 1791 reprit ce principe de l'ancien droit, mais l'étendit et le généralisa. A partir de cette loi, l'interdiction d'introduire une action en justice atteignit l'accusé, quel que fût l'objet de la demande, alors même qu'elle aurait été complètement étrangère à la poursuite criminelle. Le Code d'Instruction criminelle n'a donc fait que reproduire, sur ce point, la loi de 1791.

Il semblerait, à lire l'art. 465, que l'incapacité dont il s'agit ne doit durer que pendant le temps de l'instruction de la contumace; d'autant plus qu'aucun texte ne l'a étendue au cas où la condamnation a été prononcée. Mais il y a, dans les termes dont se sert l'art. 465, un simple vice de rédaction (1); et, d'ailleurs, on ne saurait comprendre que la loi fût plus douce pour le condamné que pour l'accusé. Aussi, n'y a-t-il pas, suivant nous, à distinguer entre les deux périodes de la contumace : la période d'instruction et la période de jugement.

L'art. 462 du Code des Délits et des Peines ne faisait pas la même erreur que l'art. 465 et s'expliquait plus catégoriquement, en disant que : « l'interdiction d'agir « en justice durait pendant le temps de la contumace. » Les rédacteurs du Code d'Instruction criminelle ont, pour simplifier, changé cette expression, mais sans prendre garde à l'équivoque et sans idée d'innovation. C'est ce qui résulte des discours de Berlier, orateur du gouvernement, et du rapporteur de la loi Cholley (séances des 1 et 12 décembre 1808).

Au reste, il est bien invraisemblable que, si le législateur avait voulu permettre au condamné d'ester en justice, droit qui lui était refusé par la loi de 1791, il ait

1. Nüsse, n° 612.

passé sous silence une innovation aussi importante, et qu'il n'en ait été question, ni dans l'exposé des motifs, ni dans le rapport qui a précédé la loi, ni dans les discussions au Conseil d'État.

Toute action en justice est donc interdite au contumax. Cette déchéance est absolue et générale. Elle embrasse toutes les juridictions : civile, commerciale, criminelle, administrative. Elle entraîne, pour le contumax, l'impossibilité de poursuivre un débiteur récalcitrant, d'interrompre une prescription ou de faire courir des intérêts moratoires, par une demande en justice, d'assigner un tiers détenteur en reconnaissance d'hypothèque, de faire pratiquer une saisie, même conservatoire (saisie-arrêt, saisie-brandon, saisie-gagerie), parce que sa validité est soumise à l'appréciation du juge, de faire une demande de collocation dans un ordre ou une contribution, de produire à une faillite. Elle s'applique au compromis : le contumax est, en effet, comme nous le verrons, privé de la gestion de ses biens; or, le compromis implique, de la part de celui qui s'engage, la libre disposition de l'objet en litige (art. 1003 C. Pr. civ.).

L'incapacité d'agir en justice entraîne-t-elle celle d'y défendre? En d'autres termes, l'expression « agir en justice » doit-elle s'entendre *lato sensu* comme signifiant le droit de comparaître en justice? Cette question donne lieu à une controverse assez vive.

D'après une première opinion, comme le domaine ne représente pas encore l'accusé pendant la période d'instruction, celui-ci doit avoir le droit de défense pendant cette période, autrement les tiers n'auraient pas de contradicteur. Du jour de l'exécution par effigie, les tiers ayant désormais un contradicteur en la personne du domaine, le contumax perd son droit de défense (Cass.

req. rej. 10 niv. an XIV (1) ; Toulouse, 14 décembre 1857) (2).

Une seconde opinion est encore plus large. Elle admet que le contumax a qualité pour défendre d'une façon absolue, même après l'exécution par effigie. En effet l'art. 463 C. I. C. se borne à dire que toute action en justice est interdite au contumax ; or, en s'exprimant ainsi, le législateur n'a eu évidemment en vue que le droit d'agir en justice, et non celui d'y défendre. Mais comme le contumax est dessaisi de l'administration des biens séquestrés, les condamnations ainsi obtenues restent, tant que dure le séquestre, sans effet sur ces biens (MM. Aubry et Rau, p. 344, § 84 ; Pison, *Revue de lég. anc. et mod.*)

Nous estimons que ces deux systèmes doivent être rejetés. Le premier commet d'abord une erreur, car il est inexact de dire que le contumax n'est pas représenté par le domaine pendant la période d'instruction. Dès lors la nécessité pour l'accusé de défendre par lui-même aux actions personnelles et mobilières ayant trait à des intérêts pécuniaires n'existe plus.

Quant au second, il faut avouer que, s'il était admis, l'interdiction de la loi se réduirait souvent à peu de chose. Il y a en effet une foule de procès où les deux parties sont prêtes à intenter l'action. Le contumax n'aurait donc qu'à attendre les poursuites de la partie adverse pour agir ensuite reconventionnellement : ce qui serait le plus souvent pour lui un moyen indirect de tourner la prohibition de la loi.

D'ailleurs, c'est une erreur de croire que cette expres-

1. Sir. 6. 1. 695.

2. Sir. 58. 2. 405.

sion « agir en justice », ne puisse s'entendre que du demandeur. Elle a une portée plus large. Elle signifie : venir devant ses juges pour y soutenir et défendre ses intérêts. Telle est l'acception de ce mot dans le langage commun ; et il n'est pas probable que le législateur lui ait attribué ici une autre signification.

Dans ces conditions, nous croyons être plus fidèles à la pensée de la loi en déniaut au contumax toute qualité même pour défendre en justice. Notre opinion a de plus le mérite de se trouver absolument conforme aux dispositions d'un arrêt récent de la cour d'appel de Paris, en date du 5 mai 1891. Cet arrêt décide, en effet, que « l'interdiction d'agir en justice qui atteint le condamné « contumax est générale et absolue et le rend irrecevable à agir en justice, soit en demandant, soit en défendant, quel que soit l'état de la procédure au moment « où il encourt la déchéance dont il est frappé par la « loi (1). »

Au surplus, les déchéances édictées par la loi ont pour but de contraindre le contumax à se représenter. Celui-ci ne doit donc, dans aucune hypothèse, être traité avec faveur. Enfin ses intérêts légitimes ne sont pas compromis, puisqu'il est en principe représenté par l'administration des Domaines (2).

Nous devons nous demander quelle sera la sanction de cette prohibition d'agir en justice ? Un premier point nous paraît hors de doute : c'est que la nullité des actes faits en justice par le contumax est une nullité répressive, introduite non dans son intérêt, mais contre lui. Dès lors ses adversaires pourront seuls, suivant leur

1. Sir. 92. 2. 531.

2. Dalloz, *Répert. Cont.*, nos 76 et 77 ; — Nusse, n° 594.

avantage, s'en prévaloir ou l'abandonner. La Cour de cassation a implicitement consacré cette doctrine, à propos d'un pourvoi formé par un mari contumax contre un jugement de séparation de corps obtenu par sa femme (Cass. 14 mai 1872) (1). C'est aussi ce qu'avait déjà décidé la cour de Caen par un arrêt en date du 6 janvier 1845 (2). Nous estimons, en effet, que, lorsqu'une prohibition est pénale, il faut l'appliquer dans l'intérêt de la peine, et que le coupable ne doit nullement en profiter, car ce serait lui créer une immunité au lieu d'un châtiment. « Si dans les cas très rares, dit M. Nusse (3), « où l'administration des Domaines ne peut représenter « le contumax, nous accordions à ce rebelle la faculté « de demander sa mise hors de cause, ce seraient les « demandeurs qui seraient punis, et non le coupable. »

Cette opinion, malgré ses raisons d'une gravité incontestable, est combattue par MM. Aubry et Rau, qui estiment que, la nullité pourrait être invoquée tant par le contumax que contre lui. Ces auteurs ne contestent pas que l'incapacité du contumax ne soit établie contre lui, et que par suite, l'incapacité qui en résulte ne puisse être proposée par ceux avec lesquels il a traité. Seulement cette nullité n'étant prononcée, d'après eux, que dans un intérêt d'ordre public et non dans l'intérêt privé de ces derniers, le contumax leur paraît également autorisé à la faire valoir, à moins qu'il n'ait frauduleusement dissimulé son incapacité. De deux choses l'une, en effet : ou bien les tiers ont été de bonne foi ; et alors on leur permettra d'opposer une fin de non-recevoir à la

1. D. P. 72. 4. 75.

2. D. P. 45. 2. 115.

3. N° 601.

prétention du contumax. Ou bien ils ont été de mauvaise foi ; et dans ce cas pourquoi ne subiraient-ils pas les conséquences de leur infraction à la loi.

MM. Aubry et Rau nous paraissent avoir raison en ce qu'ils regardent la nullité comme une nullité d'ordre public, car il importe que les lois criminelles soient respectées. Mais nous croyons que la sanction de la prohibition établie par la loi sera bien plus efficace, si on ne permet pas au contumax d'invoquer cette nullité. Les mesures prises par le législateur n'ont eu d'autre but, comme nous l'avons déjà fait observer, que de vaincre la résistance de ce dernier. La loi serait donc singulièrement déjouée, « si le condamné pouvait arguer de sa propre faute et se faire ainsi une arme de sa désobéissance aux décrets de la justice » (Duranton) (1). — Puis, de quel droit permettrait-on au contumax d'invoquer la mauvaise foi de la partie adverse, alors que lui-même est en état de rébellion contre la loi ?

Il en est ainsi pour la nullité des cessions prévues par l'art. 1597 du Code civil. Cette nullité, suivant l'opinion générale, ne peut être invoquée par le juge délinquant, bien qu'on la considère comme une nullité d'ordre public. Telle est même la doctrine expresse de MM. Aubry et Rau (2), qui démontrent, à cette occasion que la nullité, même fondée sur un motif d'ordre public, ne doit pas pouvoir être invoquée par la partie délinquante, quand cette faculté contrarie évidemment le but même de la loi.

Les règles que nous venons d'exposer présentent quel-

1. *Cours de droit français*, tome IV, n° 232.

2. Tome I, p. 124, note 14; — tome IV, p. 453, note 9.

ques difficultés dans les hypothèses où l'action exercée a trait à un droit de nue propriété ou extra-patrimonial, hypothèses dans lesquelles, comme nous le verrons, le Domaine ne peut représenter le contumax en principe.

S'agit-il d'actions relatives à la nue propriété, on devra reconnaître aux tiers le droit de demander pour la régie un supplément de pouvoirs, afin que celle-ci puisse répondre à leur assignation (Aubry et Rau). On est généralement d'accord sur ce premier point. Mais s'il s'agit d'actions immatérielles ou extra-patrimoniales, de droits exclusivement attachés à la personne du contumax : droits de puissances maritale ou paternelle, demandes en divorce ou en désaveu de paternité, faut-il décider que ce dernier pourra les exercer? Nous ne le pensons pas, et même, à notre sens, personne ne pourra les exercer pour lui. En effet, qui pourrait le représenter? Un tuteur? Mais le contumax n'est pas interdit, du moins d'après notre opinion. Un curateur? Pas davantage; car un droit de cette sorte ne peut être délégué qu'en vertu d'un mandat conventionnel émanant de l'intéressé lui-même, ou d'un mandat légal, portant non seulement sur l'administration des biens, mais encore sur la personne. Or, le contumax ne peut déléguer le droit d'agir, puisqu'il est privé de ce droit, et le mandat légal de la régie, à la différence de celui du tuteur ne porte que sur les biens, nullement sur la personne. (*Contra*, MM. Aubry et Rau.)

Notre solution est grave, nous en convenons : mais elle se trouve absolument conforme au but de la loi. Sans doute, il est juste que chaque homme puisse venger son honneur outragé, et possède les moyens légaux de mettre fin à un scandale, qui peut déshonorer son nom, mais la protection que la loi accorde toujours dans ces

circonstances ne saurait être invoquée par celui qui se dérobe à sa justice et méconnaît ses devoirs. D'ailleurs où est le mal? Si le contumax tient à faire prévaloir son droit, qu'il se constitue prisonnier, qu'il purge sa contumace, et il retrouvera l'intégrité de sa capacité judiciaire. Il y a là un puissant moyen de contrainte auquel la loi ne devait pas renoncer.

Qu'on n'objecte pas que l'intérêt des tiers va se trouver sacrifié, puisqu'ils n'auront personne en face d'eux et contre qui ils pourraient agir! Oui, sans doute le contumax ne peut pas être demandeur en justice; mais en quoi cette incapacité qui le frappe pourrait-elle devenir pour eux une cause de préjudice? Et, d'autre part, pourquoi leur refuserait-on le droit d'introduire une action contre lui? Il lui est interdit d'y défendre; ils resteront par conséquent sans contradicteur; il ne leur sera que plus facile de gagner leur procès.

Toute cette théorie, que nous venons d'exposer sur la prohibition d'agir en justice, et qui consiste à concilier la répression de la rébellion avec le respect des droits des tiers, a été consacrée par le Code d'Instruction criminelle d'Autriche-Hongrie (art. 425). Quand la chambre du conseil a privé le contumax de l'exercice de ses droits civils, la circonstance que l'accusation n'a pas encore été suivie d'une décision judiciaire ne met pas obstacle à l'introduction ou à la continuation des procès civils contre l'accusé.

Enfin, pour en finir avec cette question, disons-nous que le bénéfice que les tiers ont retiré, en faisant prononcer l'exclusion du droit d'agir en justice sera rétroactivement détruit par la comparution du contumax? Assurément non, autrement le droit reconnu aux tiers

deviendrait absolument illusoire. D'ailleurs, l'état de contumace est un fait qui ne peut être effacé. Or, l'incapacité d'agir en justice est une déchéance spéciale attachée à cet état. C'est par une application de la même idée que l'art. 478 du Code d'Instruction criminelle décide que le contumax qui, après s'être représenté, obtiendrait son renvoi de l'accusation, sera toujours condamné aux frais occasionnés par sa contumace. S'il en est ainsi, c'est parce qu'il subit la peine de sa désobéissance, alors même qu'il est reconnu innocent de l'accusation. A plus forte raison, l'exclusion du droit d'agir, que les tiers ont fait prononcer en vertu de l'art. 465, constitue en leur faveur un bénéfice irrévocable.

SECTION DEUXIÈME

DES INCAPACITÉS DE DROIT COMMUN RÉSULTANT DE TOUTES LES CONDAMNATIONS PAR CONTUMACE A DES PEINES CRIMINELLES

La plupart de ces incapacités ont été créées par la loi du 31 mai 1854, qui a abrogé les dispositions des art. 27 à 32 du Code civil relatives à la mort civile.

Avant de les passer successivement en revue, nous croyons utile de donner un court aperçu de la condition du condamné par contumace aux peines afflictives perpétuelles, qui emportaient autrefois mort civile.

Quand la condamnation à une peine perpétuelle avait été prononcée contre le contumax, il fallait distinguer trois périodes suivant lesquelles sa capacité était régie différemment.

La première période durait cinq ans après l'exécution par effigie; la seconde s'étendait de l'expiration de ce délai jusqu'au terme du délai de vingt ans, à compter de

la date de l'arrêt. Enfin la troisième comprenait tout le temps qui s'écoulait entre l'expiration de ces vingt ans et la mort naturelle du contumax.

Première période. — D'après l'art. 27 du Code civil, les condamnations par contumace n'emportaient la mort civile qu'après l'expiration des cinq années qui suivaient l'exécution par effigie. La mort civile était donc ajournée jusqu'à l'expiration du délai de cinq ans. Cependant le Code civil, en retardant l'application de cette peine, n'avait pas entendu laisser au contumax sa pleine capacité. L'art. 28 décidait que, pendant cette période, le condamné serait privé de l'exercice des droits civils, que ses biens seraient administrés, et ses droits exercés de même que ceux des absents.

Deux événements pouvaient se produire dans cette première période : la représentation soit volontaire soit forcée du contumax, son décès. Dans la première hypothèse, le jugement était anéanti de plein droit, l'accusé était remis en possession de ses biens et jugé de nouveau. De plus, si par ce nouveau jugement, il était condamné à la même peine ou à une peine différente, emportant également mort civile, celle-ci n'avait lieu qu'à compter du jour de l'exécution du second jugement (art. 29 C. C.). Dans la seconde hypothèse, le jugement était aussi anéanti de plein droit, sans préjudice néanmoins de l'action de la partie civile, laquelle ne pouvait être intentée contre les héritiers du condamné que par la voie civile. Enfin le condamné était réputé mort dans l'intégrité de ses droits (art. 31 C. C.).

Mais quel était le sort des actes juridiques passés par le contumax postérieurement à l'exécution par effigie de l'arrêt de condamnation ? L'art. 28, privant ce dernier de l'exercice de ses droits civils en général, on pouvait

se demander si cette incapacité était effacée dans le passé.

D'après une première opinion, ces actes étaient absolument nuls (MM. Aubry et Rau) (1). L'interdiction, disaient ces auteurs, est un fait; elle constitue l'état de la personne; or, les actes en question ayant été faits par un interdit devaient être annulés, quoique l'interdiction eût depuis cessé pour l'avenir.

Une seconde opinion distinguait entre l'art. 29 et l'art. 31. Quand le contumax était réputé mort dans l'intégrité de ses droits, cela voulait dire qu'il était réputé rétroactivement avoir toujours conservé l'exercice de ses droits : il en résultait que ses actes devaient être respectés. Mais on faisait remarquer que l'art. 29, relatif à la comparution du contumax, ne disait rien de pareil, et l'on justifiait le silence de la loi, en disant que le contumax était libre de recommencer les actes qu'il avait faits et qui avaient été frappés de nullité.

Enfin, dans une troisième opinion, on enseignait que les actes étaient valables dans tous les cas : car si la condamnation était anéantie de plein droit, on ne pouvait pas admettre un effet aussi important que la nullité des actes qui l'avaient suivi. (En ce sens, M. Demolombe) (2).

Quoi qu'il en soit, cette controverse ne possède plus aujourd'hui qu'un intérêt purement historique, pour ceux qui prétendent que le contumax n'est pas atteint d'interdiction légale. Nous aurons bientôt à examiner cette dernière question.

Deuxième période. — Cette période partait, comme nous l'avons dit, de l'expiration du délai de cinq ans

1. Tome I, p. 347, note 23. — Dans le même sens Duranton, I, 230 et 235; — Bertauld, *Code pénal*, p. 227, 228.

2. Tome I, n° 227.

jusqu'à la prescription de la peine. Le contumax était alors atteint de mort civile (art. 27), bien que la condamnation ne fût pas encore irrévocable. Reparaissait-il d'une manière soit volontaire, soit forcée, pendant cette seconde période, il rentrait dans la plénitude de ses droits civils, mais pour l'avenir seulement, et à compter du jour où il avait reparu en justice, dans le cas d'une condamnation à une peine n'emportant pas la mort civile, ou d'une absolution. Le premier jugement conservait donc tous les effets que la mort civile avait produits, dans l'intervalle écoulé depuis l'époque de l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de la comparution en justice (art. 30 C. C.).

Cette décision du Code civil exerce encore une grande influence sur l'opinion des auteurs, qui soutiennent que la prohibition de disposer et de recevoir, dont le contumax est atteint en vertu de la loi de 1854, subsiste *in præteritum*, quand le contumax reparait après le délai de cinq ans et avant la prescription de la peine.

Troisième période. — Enfin, une troisième période s'étendait, depuis l'expiration des vingt ans nécessaires pour la prescription, jusqu'à la mort du condamné. Celui-ci était libre de résider en France, mais il restait toujours mort civilement. En admettant qu'il eût acquis des biens depuis la mort civile encourue, ces biens, par une conséquence logique de la fiction de la mort civile, ne pouvaient appartenir qu'à l'État, par voie de déshérence, et ne passaient pas à ses héritiers (art. 33). Néanmoins, le gouvernement pouvait, sur ces biens, faire des dispositions en faveur de la famille du mort civilement.

Toutes ces dispositions, avons-nous dit, ont été abrogées

par la loi du 31 mai 1854. Cette loi, en abolissant la mort civile, a appliqué au condamné à une peine perpétuelle les deux échéances qui s'appliquaient et s'appliquent encore au cas de condamnation à une peine criminelle temporaire : la dégradation civique et l'interdiction légale. Nous allons examiner si ces déchéances, qui résultent d'une condamnation contradictoire, sont également la conséquence d'une condamnation par contumace. Nous dirons un mot, en dernier lieu, de l'incapacité d'autorisation maritale.

§ 1. — **Dégradation civique.**

La dégradation civique est tantôt une peine principale, tantôt une peine accessoire. Comme peine principale, elle est édictée par quelques rares articles du Code pénal : art. 111, 114, 127 130, et rarement aussi les cours d'assises sont appelées à l'appliquer. Comme peine accessoire, elle est attachée de plein droit : 1° d'après l'art. 28 du Code pénal, aux condamnations prononçant les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion, le bannissement, c'est-à-dire l'une des peines afflictives ou infamantes temporaires ; 2° en vertu de l'art. 3 de la loi du 8 juin 1850, à la peine de la déportation soit simple, soit dans une enceinte fortifiée ; en vertu de l'art. 2 de la loi du 31 mai 1854 aux autres peines afflictives perpétuelles, c'est-à-dire à la peine des travaux forcés à perpétuité et à la peine de mort.

Il n'y a aucune distinction à faire entre les condamnations contradictoires et celles prononcées par contumace. En effet, l'art. 2 de la loi du 31 mai 1854 renvoie à l'art. 28 du Code pénal, d'après lequel la dégradation civique atteint le contumace, à partir de l'exécution par effigie,

telle qu'elle est réglée par l'art. 472 du Code d'instruction criminelle.

Les principales déchéances qu'entraîne la dégradation civique sont les suivantes :

Destitution et exclusion de toutes fonctions, emplois ou offices publics. Privation du droit de vote, d'élection, d'éligibilité, et du droit de porter une décoration.

Incapacité d'être juré expert, d'être employé comme témoin dans les actes, et de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements.

Incapacité de faire partie d'aucun conseil de famille, d'être tuteur, curateur, subrogé-tuteur, ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants et sur l'avis conforme de la famille.

Privation du droit de port d'armes, de servir dans les armées françaises, de tenir école ou d'enseigner.

Toutes ces déchéances forment un état indivisible, que les juges ne peuvent modifier comme en matière correctionnelle (art. 42), en infligeant les unes et en écartant les autres.

Un cas intéressant peut se présenter, à propos de la privation du droit de servir dans l'armée. Il peut se faire qu'un jeune homme soit rayé des listes de recrutement, comme indigne, par suite d'une condamnation par contumace entraînant la dégradation civique. Supposons qu'après quelques années, ce jeune homme vienne purger sa contumace et soit acquitté, ou encore ne soit condamné qu'à une peine n'entraînant pas l'exclusion de l'armée française. Quelle sera sa situation? Aucune disposition de la loi ne prévoit cette hypothèse. Toutefois comme il n'est pas possible que la faute commise par l'accusé, en ne se présentant pas immédiatement devant ses juges, l'exempte du service militaire, il semble qu'on

doive procéder à son égard dans la forme indiquée par la loi du 15 juillet 1889 pour les jeunes gens omis sur les listes de recrutement. On l'inscrira donc sur la liste de l'année qui suit celle de sa comparution. Cette solution se justifie aisément, car le contumax, en se représentant, a fait disparaître la cause à raison de laquelle il avait été retranché de la liste de sa classe (art. 476 C. I. C.).

On voit, par ce court aperçu des effets de la dégradation civique, que le condamné par contumace perd non seulement ses droits politiques, qui avaient été déjà suspendus depuis l'ordonnance du président, mais encore certains droits civils que la loi considère comme formant une dépendance de la capacité politique. Sa capacité est donc plus altérée qu'avant le jugement.

Au point de vue de la déchéance qui nous occupe, la seule différence qui existe entre les condamnations contradictoires et celles rendues par contumace, consiste dans le point de départ de cette déchéance. La décision est-elle contradictoire? La dégradation sera encourue du jour où cette décision sera devenue irrévocable; c'est-à-dire dès que le pourvoi en cassation ne sera plus possible ou aura été rejeté. L'arrêt est-il rendu par contumace? Sa date sera celle de l'exécution par effigie constatée par un procès-verbal (art. 28 C. P.). Mais dans ce dernier cas, la dégradation civique ne sera encourue d'une façon définitive que lorsque la peine sera prescrite. D'ici là elle pourra être résolue par la comparution volontaire ou forcée du contumax, qui dans cette hypothèse reprendra non seulement l'exercice mais encore la jouissance de ses droits. Quant aux effets produits dans le passé par notre déchéance, ils consistent presque tous dans des faits accomplis sur lesquels il n'y aura

plus à revenir utilement et qu'il faudra bien accepter (1).

§ 2. — Interdiction légale?

L'interdiction légale est la privation, à titre de peine, de l'exercice des droits privés. Ainsi, différente en cela de la dégradation civique, elle n'enlève point au condamné l'essence même de ces droits. Elle ne lui ôte que la faculté de les exercer par lui-même.

Le condamné est assimilé par la loi elle-même à l'individu interdit par décision des tribunaux civils : il lui est nommé un tuteur, un subrogé-tuteur, un conseil de famille. Il ne jouit pas de ses biens. Son tuteur a même défense de lui remettre aucune somme pendant la durée de sa peine (art. 29-31 C. P.).

Sont frappés de l'interdiction légale, aux termes de l'art. 29 du Code pénal : les condamnés aux travaux forcés à temps, à la réclusion, à la détention. Nous devons, pour compléter l'énumération de la loi, ajouter les condamnés aux peines perpétuelles, depuis que l'abolition de la mort civile a rendu à l'interdiction légale sa raison d'être en ce qui les concerne. Ainsi aujourd'hui, l'interdiction légale accompagne de plein droit, pendant leur durée, toutes les condamnations à des peines criminelles afflictives, du moins s'il s'agit de décisions contradictoires.

Quant aux condamnations par contumace, c'est une grave et célèbre question qui a donné lieu aux controverses les plus vives, que celle de savoir si elles entraî-

1. Ortolan, t. II, n° 2339 *ter*; Bertauld, *Cours de code pénal*, 12^e leçon, p. 257.

nent par voie de conséquence l'interdiction légale. On peut suivre, dans la *Revue pratique du droit français*, l'intéressante discussion qui s'est engagée sur ce point entre M. Berthauld et M. Frédéric Duranton (1).

La question autrefois se posait seulement sur l'art. 29 du Code pénal pour les condamnés à temps. Aujourd'hui, avec l'extension de l'interdiction légale aux condamnés à des peines perpétuelles, le débat s'est agrandi. Nous distinguerons donc deux hypothèses, et, pour plus de clarté, nous examinerons la question séparément au point de vue de chaque classe de condamnés.

Première hypothèse. — Les condamnés par contumace à des peines afflictives temporaires sont-ils interdits légalement?

La question a été résolue négativement par un grand nombre d'auteurs : MM. Demante (*Revue critique*, 1867, t. I, p. 77); Demolombe (t. I, *Append. relatif à la loi de 1854*, n° 9); Berryat-Saint-Prix (*Exécution des jugements*, n° 9); Rodière (*Procédure criminelle*, p. 322); Aubry et Rau (t. I, § 85, p. 353, texte et note 1); Garraud (*Précis de droit criminel*, p. 800).

Ces auteurs argumentent des termes de l'art. 29 du Code pénal, qui pose la règle que : le condamné subira l'interdiction légale *pendant la durée de la peine*. D'après eux, l'art. 29 voudrait dire : *pendant le temps que la peine est subie*; ce qui les amène à conclure que l'interdiction légale ne s'applique pas, quand la peine ne s'exécute pas, c'est-à-dire en matière de contumace.

Nous avouons que ce système possède nos préférences; d'autant plus que l'argument de texte peut encore être corroboré par la considération des mesures spéciales

1. *Revue pratique*, t. III, p. 241, et t. V, p. 5 et 131.

prises par la loi contre le condamné contumax. En effet, ses biens sont placés sous séquestre, et la gestion en est confiée à l'administration des Domaines (art. 461 C. I. C.). Or l'effet direct de l'interdiction légale est de transporter à un tuteur l'administration des biens du condamné. Il semble donc qu'il y a incompatibilité entre la condamnation par contumace et l'interdiction légale.

Enfin en admettant même que l'art. 29 renferme quelque ambigüité dans ses termes, l'historique de sa rédaction ne saurait laisser aucun doute sur la pensée du législateur. — Les art. 29, 30 et 31 du Code pénal sont la reproduction des art. 2, 4, 5 et 6, titre IV, du Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791. Or ce titre règle la situation des condamnés contradictoirement. Au contraire, les condamnés par contumace étaient régis, nous le savons, par le décret des 16-29 septembre 1791, modifié par le titre IX du Code du 3 brumaire an IV, qui, au lieu d'organiser une tutelle, prononce au profit de la République la confiscation définitive de tous les fruits, revenus et produits des biens du contumax. Ce parallélisme ne fut pas rompu lors de la rédaction du Code pénal et du Code d'Instruction criminelle ; autrement il faudrait admettre que l'interdiction légale appliquée au contumax aurait été une innovation qui se serait introduite subrepticement dans nos lois. En effet, Berlier ne signale comme innovation sur le système de l'an IV, en ce qui concerne le contumax, que la suppression du jury et la substitution du séquestre à la confiscation. « Le « surplus du chapitre sur la contumace, dit-il dans son « exposé des motifs, n'offre rien qui diffère sensiblement « des dispositions qui régissent cette matière aujour- « d'hui. » (Séance du 1^{er} décembre 1808.) La distinction continue donc, changée seulement dans son objet : désor-

mais pour le condamné soumis, c'est la tutelle, c'est-à-dire l'administration par la famille ; pour le contumax rebelle, l'administration par le domaine séquestre.

Ainsi, sous l'empire du Code pénal de 1810, de même que sous la loi de 1791, le contumax n'a pas de tuteur et ses biens sont placés sous le séquestre de l'administration. Puis vient la loi du 23 avril 1832. L'art. 475 C. I. C. permet à l'autorité administrative, pendant la durée du séquestre, d'accorder des secours à la femme, aux enfants et au père du condamné s'ils sont dans le besoin. Une proposition fut déposée, dont le but était d'étendre aux condamnations contradictoires la disposition de l'art. 475. Elle fut repoussée, non pas que le législateur n'ait pas pris en considération l'intérêt des parents, mais parce que le droit commun suffisait. « L'art. 475, disait le rapporteur du projet, ne saurait « présenter d'utilité qu'au cas de contumace, parce que « c'est dans cette hypothèse seulement qu'il n'y a pas « de tuteur et que les biens sont régis par l'administra-
« tion domaniale (1). »

En résumé, nous avons donc deux organisations distinctes : celles de l'interdiction légale pour les condamnés qui subissent leur peine, celle de la régie des domaines pour les condamnés rebelles à la loi.

Deuxième hypothèse.— La question, ainsi tranchée au point de vue de l'art. 29 et des condamnés à temps, doit-elle être résolue différemment, en vertu de la loi du 31 mai 1854, en ce qui concerne les condamnés à des peines perpétuelles?

Nous pensons qu'il n'y a aucune différence à faire entre ces deux sortes de condamnations. L'art. 2 de la

1. *Moniteur*, du 2 décembre 1831.

loi du 31 mai 1854 dispose, il est vrai, d'une manière générale, que les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent l'interdiction légale. Mais cet article a pris l'interdiction légale tout organisée dans l'art. 29 du Code pénal, et s'est contenté de la transporter dans le domaine des peines perpétuelles ; il ne dit rien du cas de contumace. Au reste, l'exposé des motifs de la loi du 31 mai 1854, fait par M. Rouher, ne peut laisser aucun doute à cet égard. On y lit notamment : « L'état d'interdiction légale constitué par les art. 29 et « 31 du Code pénal, dont le projet s'approprie les dispositions, frappe les biens et la personne du condamné « pendant la durée de la peine... si la condamnation a « été prononcée par contumace, comme le condamné « n'expie pas sa peine et échappe, au contraire, à l'action « de la loi, *l'interdiction légale ne reçoit pas son application.* » (En ce sens : Humbert, n^{os} 347 et 445 ; Nusse, n^{os} 159 à 167 ; Fr. Duranton, *Rev. prat.*, t. V, p. 5 ; Aubry et Rau, t. I, § 85, texte et note 42, p. 355 et 356 ; Blanche, t. I, n^{os} 146 et 149). C'est aussi dans ce sens que s'est prononcée la jurisprudence la plus récente (Seine, 2^e chambre, 12 mai 1874, droit du 29 avril 1874 ; — Trib. Béziers, 26 juin 1886) (1).

Le système que nous venons d'exposer a été combattu par certains jurisconsultes, qui estiment, au contraire, que le condamné par contumace doit être soumis à l'interdiction légale.

En effet, disent-ils, quel est le but vers lequel tend l'organisation de la contumace dans notre législation ? Donner à ce dernier condamné le maximum d'intérêt possible à se représenter devant ses juges et à se faire

1. Sir. 88. 2. 46.

juger contradictoirement. C'est donc se conformer à l'esprit de la loi et au vœu certain du législateur, que d'adopter, à moins d'un texte formel contraire, l'opinion suivant laquelle l'état de contumace paraîtra au condamné le plus insupportable et le poussera plus efficacement à se constituer prisonnier. Or le contumax réfugié à l'étranger ne peut être utilement atteint que dans ses biens. Il l'est bien dans une certaine mesure par le séquestre de sa fortune ; mais l'existence du séquestre ne lui enlève que la jouissance de ses revenus. Le condamné conserve intact le droit de disposer de ses biens, de les vendre, sauf la réserve de la jouissance et des fruits que l'administration des Domaines percevra jusqu'à la fin du séquestre. Il peut donc se procurer, par ce moyen, les ressources nécessaires pour adoucir son exil. Il sera, au contraire frappé bien plus rudement et plus efficacement dans sa fortune, si on admet qu'il est en état d'interdiction légale. Il devient, en effet, incapable de disposer même à titre onéreux : la nullité des ventes consenties par lui peut-être demandée par toute personne intéressée, lui compris. Il ne pourra plus trouver d'acquéreur, partant plus de ressources. (En ce sens MM. Gardeil, Villey.) (1).

On peut répondre à cet argument que, même, en ne supposant pas l'interdiction légale, le contumax ne peut toucher le prix d'une nue propriété qu'il aurait vendue. Car s'il a la capacité de vendre il n'a pas celle de recevoir le prix, qui appartient au domaine administrateur (art. 471 C. I. C.). L'acheteur paie donc mal aux mains du contumax, et la régie pourra le contraindre à payer une seconde fois, sauf sa *condictio indebiti* contre le

1. *Revue critique*, année 1889, tome XVIII, p. 1 et 2.

vendeur. On voit par là que la faculté de réaliser ses nues propriétés n'est pour le contumax qu'une ressource illusoire et ruineuse, car dans la crainte d'un double paiement, personne ne voudra traiter avec lui. Si l'on remarque de plus que la prise de possession utile est reculée jusqu'à la fin du séquestre, on conviendra que dans la pratique le condamné ne trouvera pas d'acheteur sérieux.

L'opinion contraire se fonde encore sur les expressions très générales de l'art. 29 C. P. : « Quiconque « aura été condamné », ce qui ne comporte aucune exception et englobe, dit-on, le contumax (1) ; mais le texte ne corrige-t-il pas lui-même le vague de sa formule, quand il ajoute : « pendant la durée de la peine ». Or il est bien certain qu'une peine ne peut être subie en vertu d'une condamnation par contumace, puisque la condamnation est de plein droit anéantie, lorsque le contumax se constitue ou est arrêté.

On répond que ces mots peuvent signifier : « tant que « la peine n'est pas prescrite » (Bourges, 25 janvier 1832 (2); De Moly, *Abs.*, n° 793). Le rapport sur la loi de 1854 est venu fournir une arme nouvelle à cette opinion. Il y est dit, en effet, que, l'interdiction légale, étant subordonnée à la durée de la peine, est levée par l'effet de la grâce ou de la prescription. (*Rapport* de M. Riché.) On peut encore invoquer, à l'appui de cette interprétation, l'art. 221 du Code civil, aux termes duquel « lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant « peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été « prononcée que par contumace, la femme même ma-

1. M. Bertauld, *Code pénal*, p. 258; — *Revue pratique*, t. III, p. 241.

2. Sir. 62. 2. 481.

« jeure ne peut, pendant la durée de la peine, ester en
« jugement, ni contracter, qu'après s'être fait autoriser
« par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation,
« sans que le mari ait été entendu ou appelé. »

Mais nous avons déjà fait remarquer que si les termes de l'art. 29 nous paraissent donner prise à une certaine ambiguïté, il n'en est pas ainsi de l'histoire de sa rédaction, qui, seule, nous permettrait d'exclure le contumax des termes de ce texte. Au reste, nous sommes ici en matière d'incapacité ; s'il subsiste un doute, il doit s'interpréter en faveur du condamné.

Enfin, d'après M. Bertauld (1), il n'est pas exact que la disposition de l'art. 29 relative à la nomination du tuteur et du subrogé-tuteur soit inapplicable, ainsi qu'on le soutient en argumentant de l'art. 471 C. I. C. qui pourvoit autrement à l'administration des biens. Ce que la loi a voulu, en écrivant cet art. 471, c'est enlever à la famille du condamné l'administration d'une fortune dont elle eût pu faire un emploi contraire aux intérêts de la justice. Elle a séquestré les biens justement pour avoir une garantie meilleure de l'interdiction qu'elle prononce ; mais l'art. 471 n'exclut pas l'organisation d'une tutelle pour l'exercice des actions qui seraient étrangères au patrimoine et sans résultat pécuniaire.

S'il en était ainsi, le but de la loi serait bien déjoué. Celui qui se dérobe à la justice ne peut invoquer sa protection, avons-nous dit. Le contumax ne saurait donc, même par un représentant, exercer des actions extra-patrimoniales. (Voir *supra*, p. 191.) Cette solution admise, à quoi servirait une tutelle ?

Il nous reste à mentionner les conséquences de la doc-

1. *Loc. cit.*

trine que nous venons d'admettre. Le contumax n'étant pas interdit, pourra s'obliger, mais ses obligations ne seront exécutoires sur les biens séquestrés, qu'après la levée du séquestre. Il pourra même aliéner la nue propriété de ses biens, l'hypothéquer, puisque cette aliénation et cette constitution de droits réels ne mettent pas obstacle à l'administration du Domaine. De même il continuera à jouir de ses droits privés, ce qui lui donnera pleine capacité pour se marier, consentir au mariage de ses descendants, y former opposition, reconnaître un enfant naturel, tester (quand il n'est pas atteint de la prohibition qui s'ajoute aux peines perpétuelles, d'après l'art. 3 de la loi du 31 mai 1854), disposer à titre absolu, soit à titre gratuit (sous la même réserve), soit à titre onéreux, des biens qu'il possède en pays étranger (Nusse, n° 579).

Dans le Code pénal belge, la question que nous venons d'examiner a été tranchée par les textes. La condamnation à la peine de mort entraîne l'interdiction légale dans tous les cas, qu'elle soit prononcée contradictoirement ou par contumace. Les condamnations aux autres peines criminelles n'entraînent cette déchéance que si elles sont contradictoires (art. 20 et 21).

§ 3. — Incapacité d'autorisation maritale.

Nous avons mentionné incidemment cette incapacité, dont le contumax est atteint jusqu'à la prescription de la peine, en vertu de l'art. 221 du Code civil. Le mari ne pouvant autoriser sa femme, celle-ci devra recourir *de plano* à la justice.

Mais dans quel sens entendre ces mots « pendant la durée de la peine ». Le législateur, dans un langage

inexact, s'est référé sans doute à la période de temps nécessaire pour prescrire la peine. L'impossibilité d'autorisation maritale subsiste donc jusque-là, sauf à disparaître dans l'intervalle, si l'accusé vient à comparaître.

SECTION TROISIÈME

DE L'INCAPACITÉ SPÉCIALE A LA CONDAMNATION A UNE PEINE PERPÉTUELLE; INCAPACITÉ DE DISPOSER ET DE RECEVOIR A TITRE GRATUIT, S'ICE N'EST POUR CAUSE D'ALIMENTS.

Nous avons dit que la mort civile, ayant été abolie, avait été remplacée par un ensemble de déchéances, et nous avons cité celles qui s'appliquent à toutes les condamnations à des peines criminelles sans distinction : la dégradation civique et l'interdiction légale. Une troisième déchéance, empruntée par la loi du 31 mai 1854 à la mort civile dont elle est un souvenir, est spéciale à la condamnation à une peine perpétuelle. Elle consiste dans l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit, si ce n'est pour cause d'aliments, et dans l'annulation du testament fait par le condamné antérieurement à sa condamnation. (Art. 3, 3^e de la loi de 1854.)

Que cette déchéance soit applicable au condamné par contumace, cela est hors de doute : l'art. 3 § 3 de la loi du 31 mai 1854 le décide formellement, mais il ajoute que la prohibition qu'il édicte ne pourra s'appliquer que cinq ans après l'exécution par effigie. Le législateur a cru devoir se montrer plus clément en ce qui concerne cette incapacité. Sans doute la fuite du contumax ne peut entraver la marche de la justice : on le juge quoique absent ; mais aucun conseil n'est admis à le défendre,

aucun témoin à décharge ne peut être entendu. Il est donc condamné le plus souvent. Cette condamnation, on le comprend, ne présente pas les mêmes garanties qu'une décision contradictoire. De là le délai de grâce dont la loi l'investit.

a) *Incapacité de disposer à titre gratuit.* — Parmi les actes antérieurs à la condamnation, le testament seul est atteint. « Cet acte solennel, disait l'exposé des motifs de la loi, qui substitue ses prescriptions aux « lois de l'État, ne pouvait être imprudemment abandonné aux inspirations du crime. »

Au contraire, les donations entre-vifs que le condamné a pu faire sont maintenues : elles ont produit immédiatement un effet irrévocable ; d'où il suit que l'incapacité survenue plus tard ne peut les entacher. En outre, elles ont conféré au donataire un droit acquis que la loi ne peut léser sous aucun prétexte. Mais une fois la déchéance encourue, tout acte de disposition quelconque à titre gratuit est radicalement impossible : le condamné ne pourra pas plus faire une donation qu'un testament ; il ne pourra pas plus disposer au profit de son conjoint ou de ses enfants qu'au profit d'étrangers. Ainsi il ne pourra faire un partage d'ascendants (art. 1076 C. C. ; *Rapport* de M. Riché). De même il ne pourra faire un don manuel. Quelques auteurs, notamment M. Troplong (1), ont cru pouvoir enseigner le contraire, en soutenant que le condamné n'est privé du droit de disposer qu'à raison de ce qu'il ne peut recourir « aux formes privilégiées du droit civil », c'est-à-dire s'adresser à un notaire pour revêtir la donation de formes authentiques. Mais cette

1. *Traité de la vente*, tome I, n° 175. — Comp. Montpellier, 19 novembre 1840 ; — Dalloz, v° *Dispos. entre vifs*, 300.

opinion n'a pas prévalu et son point de départ est manifestement erroné : il s'agit d'une question de capacité et non d'une question de formes ; nulle part la loi n'a dit que le condamné pourrait faire les actes, qui n'exigent pas la forme authentique, et serait privé de faire ceux-là seuls pour lesquels cette forme est requise. « Ce que le « condamné ne peut faire directement, dit M. Nusse(1), « il ne saurait l'effectuer en éludant la loi d'une manière « indirecte. » Telle était aussi la pensée de M. Riché, lorsqu'il déclarait que « la loi n'a à s'occuper ni des dons « manuels ni des donations déguisées, soumis aux règles générales sur la capacité, toutes les fois qu'on « parvient à les constater. »

Enfin dernier effet remarquable : le condamné par contumace à une peine afflictive perpétuelle ne pourra disposer au profit de ses enfants par contrat de mariage, car la constitution de dot est une pure donation.

b) Incapacité de recevoir à titre gratuit. — A partir des cinq ans qui suivent l'exécution par effigie de sa condamnation par contumace, le condamné est aussi incapable de recevoir que de disposer : une donation qui lui serait consentie, un legs qui s'ouvrirait à son profit ne pourraient produire aucun effet. Mais les actes antérieurs sont inattaquables : ceci s'applique notamment à l'institution contractuelle qui aurait été faite au profit du condamné. Comme l'a parfaitement indiqué M. Demolombe (2), la loi de 1854 n'a pas eu pour but de dépouiller le condamné de ses droits acquis. Or le droit résultant de l'institution contractuelle est bien acquis sous une condition, mais cette condition ne dé-

1. N° 67.

2. Tome I, p. 353.

pend plus de la volonté ultérieure du disposant; le droit est donc irrévocable; et du reste l'institution antérieure ne saurait jamais être considérée soit comme une rémunération du crime, soit comme une protestation contre la condamnation.

Mais toute disposition qui serait faite en faveur du condamné, postérieurement à l'époque où est encourue la déchéance, est impossible; de telle sorte qu'un père ne saurait procéder à un partage d'ascendants envers ses enfants, dont l'un serait condamné à une peine afflictive perpétuelle, soit contradictoirement, soit par contumace.

L'incapacité souffre une seule exception. Le condamné peut recevoir des aliments. Il en était de même sous l'empire de la mort civile (art. 25 § 2 C. C.).

On s'est demandé si cette incapacité est irrévocable? en un mot, si le contumax, qui comparait avant la prescription de sa peine, demeure rétroactivement incapable pour tout le temps écoulé depuis le délai de grâce?

Nous avons mentionné cette question importante en traitant de la mort civile, et nous avons fait remarquer que les partisans de l'affirmative raisonnent par analogie des dispositions de l'art. 30 du Code civil, dont nous avons alors reproduit le texte. L'art. 3 de la loi de 1854, disent ces auteurs, n'est qu'un débris de la mort civile; par suite l'incapacité de donner et de recevoir n'a pas été créée mais maintenue par l'art. 3, et doit en bonne logique subsister aux mêmes conditions que la mort civile. Les dispositions de l'art. 30 sont donc encore aujourd'hui applicables au condamné par contumace à une peine afflictive perpétuelle, en ce qui concerne les incapacités spéciales décrétées par l'art. 3 de la loi nouvelle (Ortolan, tome II, n° 2539 *ter*; Garraud, tome II, n° 49).

« Pourquoi ce sursis de cinq ans, dit de son côté
« M. Bertauld (1), si l'application de l'art. 3 est en sus-
« pens, tant que vingt années ne sont pas révolues ?
« Est-ce que la loi nouvelle ne s'est pas référée aux art.
« 29 et 30 C. C. en infligeant des déchéances moins
« graves que celles résultant de la mort civile ? »

Ce système n'a pas prévalu et l'opinion, qui l'emporte dans la doctrine, c'est que la nullité des donations faites ou reçues par le contumax, pendant le temps écoulé depuis la fin du délai de grâce, est subordonnée à la condition qu'il ne se représentera pas dans les vingt ans qui courent depuis l'exécution par effigie. Cette dernière opinion se justifie facilement. Il suffit de faire remarquer que l'art. 476, 1^o C. I. C. établit, d'une façon *générale*, la règle que la constitution du contumax, avant la prescription de la peine, anéantit dans le passé comme dans l'avenir tous les effets de la condamnation : règle de raison, de justice et d'humanité, dit M. Demolombe (2).

Il est vrai que l'art. 30 du Code civil et le second alinéa de l'art. 476 du Code d'Instruction criminelle, dont les dispositions étaient les mêmes, apportaient à cette règle, en ce qui concernait les condamnés par contumace à une peine emportant mort civile, une exception exorbitante. Mais rien n'indique que le législateur de 1834 en abolissant la mort civile ait maintenu cette exception et il n'appartient pas à l'interprète, d'appliquer par analogie à notre matière, les rigueurs exceptionnelles de la mort civile. (MM. Demante, *Revue critique*, 1847, t. I^{er}, p. 78 § 3; Humbert, n^o 443; Villey, *Précis de dr. crim.*, p. 489).

1. XIII^e leçon, p. 288.

2. Tome I, *Append. rel. à la loi du 31 mai 1854*, n^o 20.

La prohibition de disposer et de recevoir disparaissant rétroactivement avec le jugement de contumace, quand le condamné reparait dans les vingt ans, les dispositions à titre gratuit que celui-ci aura pu faire ou recevoir depuis l'expiration du délai de grâce jusqu'à sa comparution, demeureront valables. En est-il ainsi lorsque le condamné meurt après les cinq ans, qui suivent l'exécution par effigie, sans s'être représenté ! Nous ne le croyons pas, pour cette raison que la peine devient irrévocable par suite du décès, comme par suite de la prescription. La prohibition deviendra donc définitive par suite de la mort du condamné, puisque celui-ci ne peut plus purger sa condamnation, mais seulement à partir de l'expiration du délai de grâce ; car c'est à partir de ce délai que l'incapacité aurait été encourue, si la prescription avait eu lieu. Comme le dit M. Nusse, n° 850 : « la mort rend l'anéantissement du jugement de contumace impossible ; elle surprend le contumax dans l'impénitence finale et définitive devant le droit. » Par application de ce que nous venons de dire, si nous supposons qu'une donation a été faite au contumax, cinq ans à partir de l'exécution par effigie, puisque ce dernier vient à mourir au bout de quelque temps, le décès survenu n'effacera pas rétroactivement, par une sorte de condition résolutoire, la nullité de la donation. (MM. Bertauld, 13^e leçon, p. 288 ; Garraud, *Traité de dr. p. franç.*, t. II, n° 49 ; Nusse, nos 849 et 850 ; Le Sellyer, *Traité de la compétence*, n° 1183).

De même, si la peine vient à être prescrite par l'expiration du délai de vingt ans, les incapacités et la nullité de l'art. 3 seront définitivement encourues, et aucun événement postérieur ne pourra plus modifier la situation du condamné, puisque l'arrêt de contumace, d'où résulte la déchéance, est désormais irrévocable.

SECTION QUATRIÈME

DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE PAR CONTUMACE

Il est bien évident que l'arrêt rendu par contumace ne peut être exécuté sur la *personne* du condamné, pendant les délais de la prescription de la peine, puisque dès que celui-ci se représente ou est saisi, l'arrêt est anéanti de plein droit (art. 476 C. I. C.). L'exécution des peines corporelles prononcées par un arrêt de contumace est donc impossible.

Mais, en dehors de ce cas, nous avons vu qu'on peut établir la *règle générale* que le jugement par contumace a provisoirement l'autorité de la chose jugée et doit produire, à partir de l'exécution par effigie, des effets analogues à ceux des jugements contradictoires, sauf dans les hypothèses où l'application de ce principe se trouverait manifestement contraire à la pensée du législateur. Nous avons considéré, en effet, la condamnation par contumace comme rendue sous condition résolutoire.

C'est en nous plaçant à ce point de vue que nous résoudrons les difficultés qui peuvent se présenter.

§ 1. — Quant au recouvrement des amendes prononcées par contumace et des dommages-intérêts accordés par l'arrêt à la partie civile.

Et d'abord un point certain, c'est que la partie civile qui a obtenu des dommages-intérêts a le droit de faire exécuter l'arrêt de condamnation, lorsque les délais de la peine sont expirés, sans que le condamné se soit représenté ou ait été arrêté; d'une part, en effet, la prescription pénale ne lui est pas opposable, puisque les

condamnations civiles portées par les arrêts se prescrivent d'après les règles établies par le Code civil (art. 642 C. I. C. et 2262 C. C.); d'autre part la condamnation, en vertu de laquelle a lieu l'exécution est désormais irrévocable (Garraud) (1).

Mais il faut aller plus loin et décider que la partie civile peut même, pendant les délais de la prescription de la peine, alors que la condamnation n'est pas définitive, faire recouvrer les dommages-intérêts qui lui ont été alloués : la condamnation a été rendue, en effet, sous condition résolutoire et doit produire, comme conséquence, tous les effets dont elle est susceptible, sauf à appliquer l'art. 1183 du Code civil, lorsque la condition s'accomplit. On peut encore invoquer à l'appui de cette opinion la pratique constante de la jurisprudence (Cass. 27 juillet 1813; Colmar, 2 mars 1810; — Nîmes, 8 août 1849; — Trib. Senlis, 25 avril 1850). — Pour la même raison, les peines pécuniaires pourront être, pendant le même délai, exécutées à la requête du ministère public. C'est ainsi que le tribunal de Sarreguemines, ayant refusé d'admettre cette dernière prétention, a vu son jugement cassé par la cour de Metz (arrêt du 28 févr. 1856) (2). Un autre arrêt de la cour de Besançon, en date du 30 août 1856, est venu consacrer la même doctrine (3).

Quant aux frais dits de *contumace*, résultant de la procédure spéciale occasionnée par la rébellion à la loi, ces frais sont dus par le contumax, alors même qu'il serait définitivement acquitté (art. 478 C. I. C.). *A fortiori* pourront-ils être recouvrés en vertu de l'arrêt de con-

1. *Quest. prat. sur la contumace.*

2. D. P. 57. 2. 49.

3. D. P. 57, 2. 51.

damnation par contumace pendant le délai de la prescription de la peine.

Tant que le condamné ne se présente pas ou n'est pas arrêté, l'arrêt est donc susceptible d'une certaine exécution, en ce qui concerne les condamnations civiles et les amendes; car ce qui est subordonné à une condition, c'est la résolution et non l'existence même de cet arrêt. Mais il peut se faire que le condamné se représente ou soit arrêté; doit-on admettre, dans cette hypothèse, que la comparution du contumax anéantit les condamnations pécuniaires, prononcées au profit de la partie civile, et les condamnations pénales à l'amende? Il est bien évident que la question ne peut se poser pratiquement, dans le cas où la seconde condamnation vient confirmer la première, en ce qui concerne ces dommages-intérêts et ces peines pécuniaires. Mais, supposons une ordonnance d'acquiescement: le contumax acquitté pourra-t-il répéter ce qui aura pu avoir été payé à la partie civile? Nous ne voyons pas comment sa demande pourrait être repoussée. Le jugement est anéanti de plein droit (art. 476 C. I. C.). Ce jugement a donc servi à éteindre une dette qui n'existait pas, puisque le titre qui lui avait donné naissance se trouve rétroactivement annulé et, en vertu même de l'art. 1183, le créancier sera obligé de restituer.

La même solution doit être admise pour les amendes recouvrées par l'administration, et que celle-ci devra rembourser en cas de représentation et d'acquiescement (Nusse, n^{os} 845 et 848).

Jusqu'ici, nous nous sommes référé à l'hypothèse la plus ordinaire: celle de dommages-intérêts, accordés par l'arrêt même de condamnation par contumace. Mais si les parties civiles ont négligé de saisir la juridiction

criminelle, le juge civil, devant lequel elles porteront ultérieurement leur action, pourra-t-il statuer sur cette demande? Certains tribunaux ont admis la négative, en se basant sur ce que la condamnation par contumace n'est pas irrévocable (Trib. civ. Foix, 17 déc. 1855; Trib. civ. Neuchâtel, 1^{er} juillet 1854 : arrêts cités par Géraud, *Dictionnaire de comptabilité...*, etc., n° 2260). Cette solution ne nous paraît pas exacte, parce que le jugement par contumace, bien que n'étant pas irrévocable, n'en constitue pas moins une décision définitive, dont l'autorité, en ce qui touche l'existence du fait reconnu constant, s'impose à la juridiction civile (Paris, 22 déc. 1873 (1). Dans le même sens, Faustin-Hélie, t. II, *Inst. crim.*, n° 993; Griolet, p. 222).

Ainsi donc, le tribunal civil sera compétent pour statuer sur les demandes en dommages-intérêts formées par les parties intéressées. Mais son dispositif sera nécessairement conditionnel et subordonné à l'effet que la loi elle-même attache à la condamnation pénale, car si le jugement civil a une existence matériellement distincte de l'arrêt criminel, il n'en a pas moins cet arrêt pour base (Nusse, n° 848; Demolombe, *Successions*, t. I, n° 224). Il en résulte que l'accusé acquitté pourra répéter ce qu'il aura indûment payé. (*Contra*, jugement du tribunal de Chaumont, en date du 28 octobre 1856, cité par M. Garraud (2).) D'après la doctrine du tribunal de Chaumont, le jugement du tribunal civil aurait, au contraire, l'autorité de la chose jugée et pourrait être opposé à toute action en répétition. M. Garraud partage cette dernière opinion, mais suivant lui, le contumax

1. D. P. 74. 2. 147.

2. *Quest. prat. sur la contumace*, op. cit.

qui se représente et qui est acquitté, aurait un moyen de faire tomber l'autorité qui s'attache à la chose jugée, pour arriver à exercer l'action en répétition : c'est de se pourvoir contre le jugement civil par la voie de la requête civile, si toutefois le jugement est en dernier ressort (art. 480). Nous ne saurions partager cette opinion, car il serait absolument contraire aux principes, que le jugement du tribunal civil puisse conserver l'autorité de la chose jugée, lorsque la condamnation pénale, qui a servi de base à la condamnation civile, est entièrement anéantie. Notre solution ne saurait, toutefois, être admise, si le juge civil, au lieu de motiver uniquement la sentence sur l'arrêt criminel de contumace, avait visé, soit un quasi-délit, soit une violation de contrat, pouvant justifier la condamnation civile, en dehors du fait criminel (Griolet, p. 348 ; Nusse, n° 848).

§ 2. — Quant à la rescision de la saisine pour cause d'indignité.

La plupart des auteurs sont d'accord pour reconnaître que, dans ce second cas, la condamnation par contumace doit produire immédiatement son effet, comme lorsqu'il s'agit du recouvrement des réparations civiles ; d'autant plus qu'aux arguments déjà invoqués pour le premier cas, et qui doivent encore recevoir ici leur application, viennent s'ajouter diverses considérations morales de la plus haute importance. Si l'on suppose, en effet, que le contumax a été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au *de cuius*, ne trouverait-on pas choquant que la saisine continuât à produire ses effets en sa faveur ? L'indignité sera donc encourue par le contumax dès l'instant de la condamnation, et ici il

n'y a pas lieu de distinguer entre les condamnations contradictoires et celles rendues par contumace : l'art. 727 C. C. est formel sur ce point. Cette solution est d'ailleurs la seule équitable, car il ne serait pas admissible que l'héritier subséquent ne fût appelé à prendre possession de la succession que vingt ans après la condamnation.

Mais de ce que l'indignité est dès à présent encourue, ce n'est pas à dire qu'elle soit irrévocable : elle ne le sera qu'après la prescription de la peine, lorsque la contumace ne pourra plus être purgée (Massé et Vergé sur Zach., t. II, p. 243 ; Demante, t. III, n° 35 *bis*). Si donc le contumax reparaît dans le délai de la prescription, et se trouve l'objet d'une ordonnance d'acquiescement, il deviendra rétroactivement capable de prendre part à la succession du *de cujus* et pourra agir en pétition d'hérédité contre ces cohéritiers (Demolombe, *Succ.*, t. I, p. 306). C'est encore une conséquence de la règle que l'arrêt de contumace est définitif, mais prononcé sous condition résolutoire.

Cette proposition, selon M. Demolombe (1), est non seulement évidente dans le cas où l'indignité aurait été prononcée contre le contumax par l'arrêt même de condamnation sur la demande des autres héritiers qui se seraient parties civiles. Il faut encore l'appliquer dans le cas où l'indignité aurait été prononcée par les tribunaux civils postérieurement à l'arrêt de condamnation par contumace, car, ajoute le savant auteur « l'exclusion « prononcée au civil ne saurait être que conditionnelle « et subordonnée à l'effet que la loi attache à la condamnation pénale, puisqu'elle n'est basée que sur « cette dernière décision. »

1. *Loc. cit.*,

§ 3. — Quant à la demande en séparation de corps ou divorce formée contre le contumax.

« La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante, nous dit l'art. 232 du Code civil (texte modifié par la « loi du 27 juillet 1884), « sera pour l'autre époux une cause de divorce. » Nous ajouterons : et de séparation de corps (art. 306).

Que cette disposition soit générale et s'applique aux condamnations par contumace, comme aux condamnations contradictoires, cela est bien certain, puisque le texte ne distingue pas : mais c'est une question controversée que celle de savoir si la condamnation par contumace peut être invoquée immédiatement, ou s'il faut attendre qu'elle soit devenue définitive par l'expiration de vingt années, depuis qu'elle intervenue.

La majorité des auteurs et une jurisprudence presque constante se rangent à cette dernière opinion, qui nous paraît aussi devoir être suivie. Il importe, en effet, que la condamnation soit définitive ; autrement on serait exposé à voir prononcer une séparation de corps ou un divorce, en vertu d'un jugement qui plus tard serait réformé. L'innocence de l'époux serait reconnue : il serait établi qu'il n'est pas infâme ; et cependant il demeurerait séparé d'avec son conjoint, car le jugement prononçant la séparation de corps ou le divorce aurait acquis force de chose définitivement jugée. Que si l'on suppose même que ce dernier jugement puisse être anéanti de plein droit (Nusse, n° 848), ou par la voie de la requête civile (M. Garraud, *Revue crit.*, article précité), on n'en arrive pas moins à des résultats d'une excessive gravité. D'abord, en ce qui concerne la séparation de corps, il est bien certain qu'en permettant au conjoint du contumax de la demander

immédiatement après l'arrêt de condamnation, on rend ainsi, dès à présent le retour de la vie commune impossible entre les époux. Mais c'est surtout en matière de divorce que les conséquences de la doctrine contraire paraissent les plus monstrueuses et les plus invraisemblables. Ici, en effet, le conjoint a pu contracter un second mariage. Mais si la condition s'accomplit : si le condamné se représente en justice, que va devenir ce second mariage ? Décide-t-on qu'il doit être anéanti ? (Art. 476.) A quelles complications ne va-t-on pas arriver, soit qu'on se place au point de vue des droits acquis par le nouvel époux, soit qu'on envisage la situation dans laquelle vont se trouver les enfants issus de cette seconde union ?

Au reste, cette dernière hypothèse ne paraît pas pouvoir se poser *pratiquement*. La jurisprudence décide, en effet, que la demande *en divorce*, fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante prononcée par contumax, est irrecevable, si vingt ans ne se sont pas écoulés depuis la condamnation (Limoges, 7 nov. 1884; Trib. Anvers, 23 mars 1876 : lég. belge; Paris, 41 févr. 1887. — Dans le même sens : Frémont, *Traité pratique du divorce et de la sépar. de corps*, n° 152; Carpentier, *Loi sur le divorce*, n° 54).

Relativement à la séparation de corps, un arrêt de la cour de Dijon, en date du 5 mai 1871 (1), a consacré la solution contraire. La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante est pour l'autre époux, d'après cet arrêt, une cause immédiate de séparation de corps. (Jurisprudence approuvée par MM. Garraud, *Revue crit.*, année 1878, art. précité, et Nusse, *Dr. civ. des cond.*, n° 847.)

1. D. p. 73. 1. 17.

La cour de Dijon invoque deux arguments principaux, l'un est tiré du texte même de l'art. 232. Cet article ne fait aucune différence entre les condamnations contradictoires et les condamnations par contumace. Les termes sont généraux et embrassent tous les cas.

Le deuxième argument est tiré des origines de l'art. 232. Dans le projet primitif présenté au Conseil d'État, cet article était ainsi conçu : « La condamnation « définitive de l'un des époux à une peine infamante est « une cause de divorce. » Mais, dans la dernière rédaction, on supprime l'épithète de *définitive*. Alors le tribunal demanda qu'on enlevât aux époux, dans le cas où le jugement aurait été rendu par contumace, le droit de provoquer aussitôt la séparation de corps. Il voulait que le conjoint laissât au moins s'écouler cinq années depuis l'exécution par effigie, avant d'introduire son action. Mais on ne tint pas compte de cette observation. N'est-ce point là une preuve que, dans la pensée du législateur, chacun des époux pouvait demander la séparation de corps contre son conjoint, dès que celui-ci avait été frappé d'une condamnation par contumace ?

Ce système, mis en avant par la cour de Dijon, ne nous paraît pas plus devoir être suivi en matière de séparation de corps qu'en matière de divorce. Ces deux institutions ont des effets communs, et les règles applicables à l'une le sont généralement à l'autre. Or, si nous n'admettons pas la possibilité, pour le conjoint du contumax, de provoquer le divorce aussitôt après la condamnation prononcée, nous ne pouvons donc, à moins de manquer de logique, organiser une exception en ce qui concerne la séparation de corps.

Notre opinion peut d'ailleurs s'appuyer sur la loi, car il est certain que les considérations morales que nous

avons données ne suffiraient pas. De plus, ce que nous allons dire s'applique à la fois au divorce et à la séparation de corps.

L'art. 264 du Code civil (1) était ainsi conçu : « Lors-
« que le divorce sera demandé par la raison qu'un des
« époux est condamné à une peine afflictive et infamante, les seules formalités à observer consisteront à
« présenter au tribunal de première instance une expédition en bonne forme de la décision portant condamnation, avec un certificat du greffier constatant que
« cette décision n'est plus susceptible d'être réformée
« par les voies légales ordinaires. Le certificat du greffier devra être visé par le procureur général ou par le
« procureur de la République. » La généralité des termes de cet article ne nous montre-t-elle pas la pensée du législateur de ne porter atteinte au mariage qu'à la suite d'un jugement définitif? L'article a été abrogé, il est vrai, par la loi du 18 avril 1886, mais son abrogation n'a eu simplement pour but, comme cela a été déclaré par M. Labiche, dans son rapport au Sénat (2), que de soumettre la demande en divorce, basée sur l'art. 232, aux mêmes formes de procédure que toute autre demande. Il n'en reste donc pas moins vrai que la seule condamnation qui puisse motiver le divorce ou la séparation de corps est toujours celle qui n'est plus susceptible d'être réformée par les voies légales ; et qu'aussi longtemps que la culpabilité de l'époux condamné n'aura pas été *définitivement* établie, on ne peut permettre à son conjoint de poursuivre et d'obtenir contre lui, en se basant sur la condamnation, un divorce ou une séparation que la chose jugée pourrait rendre irrévocable.

1. Article abrogé par la loi du 18 avril 1886.

2. *Journal officiel*, 27 janvier 1886.

Ainsi, la condamnation par contumace ne devenant *définitive* qu'après l'expiration du délai de vingt années accordé au condamné pour se représenter, puisqu'aux termes de l'art. 476 C. I. C., les jugements et les procédures faites contre ce dernier disparaissent de plein droit, par suite de sa comparution dans le délai indiqué, le conjoint ne pourra obtenir le divorce ou la séparation de corps, que lorsque la peine sera prescrite. (En ce sens, outre les arrêts déjà cités : Cass. 17 juin 1811 ; 6 août 1840.)

Notre opinion se trouve plus *spécialement* confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris, en date du 11 février 1887 (1), arrêt rendu, comme on le voit, après l'abrogation de l'art. 261. « Attendu, en droit, dit cet arrêt, que la condamnation à une peine afflictive et infamante, admise par l'art. 232 du Code civil comme cause de divorce, ne peut être invoquée par l'époux demandeur qu'autant qu'elle est définitive et *que la peine n'est plus susceptible d'être réformée par les voies légales* ; qu'en matière de contumace, la condamnation ne devient définitive *que par l'expiration des vingt années après lesquelles la peine est éteinte par la prescription*, puisque, jusque-là, aux termes de l'art. 476 du Code d'Instruction criminelle, le condamné, en se représentant, peut faire tomber la condamnation prononcée..., etc... » Au surplus, cet arrêt lui-même ne faisait que confirmer un jugement du tribunal civil de la Seine, en date du 16 juillet 1886.

Quant à l'argument qu'on tire de l'omission du mot : *définitive*, dans l'art. 232, il n'est pas très rigoureux. Sans doute, le tribunal avait proposé d'ajouter une dis-

1. Sir. 87. 2. 88.

position plus précise, portant qu'en cas de contumace, le divorce ne pourrait être prononcé qu'après le jugement contradictoire et définitif. Cette observation n'a pas été contestée, et elle ne pouvait pas l'être, puisque la pensée qui l'inspirait était aussi celle du Conseil d'État. Mais, comme le dit Locré (1), on a pensé qu'elle était suffisamment mise à couvert par la condition exigée par l'art. 261, de justifier que le jugement n'est susceptible d'être réformé par aucune voie légale.

Pour nous résumer sur l'autorité de la chose jugée par contumace, nous dirons donc que la condamnation par contumace ne nous semble pas une base assez solide pour asseoir un jugement de séparation de corps ou de divorce. Alors même que ce résultat eût semblé désirable, comme certains auteurs le prétendent (2), l'art. 261 montre qu'il a été prévu et formellement écarté par le législateur. Mais, en l'absence de toute disposition, nous pensons, au contraire, que quand il s'agit de rescision de saisine, de dommages-intérêts, ou de recouvrement des frais par la régie, il y a lieu d'admettre l'effet immédiat des jugements, mais sous condition résolutoire.

Nous devons ajouter toutefois que, si l'on peut contester la légalité du principe que toute condamnation par contumace à une peine afflictive et infamante soit immédiatement une cause nécessaire et forcée de divorce ou de séparation de corps, dès qu'elle est demandée par l'autre époux, il n'en faudrait pas conclure que le tribunal *ne pourra jamais* considérer cette condamnation par contumace comme un motif suffisant de prononcer de

1. *Esp. du Code civ.*, t. III, p. 317, sur l'art. 261.

2. M. Garraud, *Revue crit.*, année 1878, art. précité,

3. D. P. 56. 2. 250

suite la séparation ou le divorce. Autrement nous pourrions faire produire à notre opinion des résultats complètement iniques pour l'un des époux. C'est ainsi que le tribunal pourra considérer comme une injure grave l'absence persistante du contumax, étant donnée surtout la condition sociale des époux ; de même encore les faits qui ont motivé la condamnation par contumace devront être appréciés parfois. Par application de ce principe, un jugement du tribunal civil d'Amiens, en date du 10 mars 1886, a reconnu qu'une condamnation à une peine afflictive et infamante peut constituer une injure grave, de nature à faire admettre la demande en divorce, quand elle a été prononcée contre le mari pour attentat à la pudeur, que le défendeur avait été condamné deux fois pour vol, et que, dès avant les faits qui ont motivé la poursuite criminelle, il avait abandonné sa femme.

Mais la séparation de corps ou le divorce, ainsi prononcés, seront tout à fait indépendants de la condamnation par contumace, et subsisteront par suite, alors même que la condamnation serait anéantie par la comparution volontaire ou forcée du contumax.

CHAPITRE III

Du séquestre résultant de l'état de contumace.

Nous avons vu que, de tout temps, même dans les législations qui posaient en principe que l'on ne pouvait pas condamner à des peines criminelles un citoyen en son absence, on eu a recours à des mesures pécuniaires pour contraindre l'inculpé à se présenter devant la justice.

Notre législation actuelle, nous devons le dire à son honneur, n'a pas suivi les mêmes errements que ses devancières, en ce qui concerne ces mesures : le séquestre, dont sont aujourd'hui frappés les biens du contumax, n'est plus qu'une simple mesure coercitive, qui n'a rien de commun avec la confiscation de l'ancien droit.

Dès l'instant où l'accusé, régulièrement mis en demeure d'avoir à se présenter devant la justice, n'a pas obéi à cet ordre, l'administration des Domaines, avertie de l'état de contumace par l'envoi que lui fait le ministère public de l'ordonnance de se représenter, doit immédiatement opérer une mainmise sur les biens du rebelle. Il était impossible, en effet, de conserver à ce dernier la libre disposition de sa fortune, sans s'exposer à le voir profiter de ses derniers instants de capacité pour aliéner ses immeubles et les convertir en sommes d'argent, qu'il lui aurait été facile d'emporter dans sa fuite. De là l'organisation d'un séquestre *pendant l'instruction*.

Après que la condamnation a été prononcée contre le

contumax, des mesures analogues, mais ayant cette fois un caractère définitif, doivent être prises pour faire cesser sa révolte contre la loi. Cette deuxième période est celle du *séquestre de jugement*.

On distingue donc deux séquestres :

Celui d'instruction résultant de l'ordonnance, et celui de jugement continuation du premier.

SECTION PREMIÈRE

SÉQUESTRE D'INSTRUCTION, SÉQUESTRE DE JUGEMENT

§ 1. — Séquestre d'instruction.

Ce séquestre est obligatoire. C'est donc un devoir légal : 1° pour le président de la cour d'assises, de rendre l'ordonnance de se représenter (art. 463 C. I. C.); 2° pour le ministère public, d'en donner avis au Domaine (art. 466); 3° pour le Domaine, d'apposer le séquestre (art. 466; Agen, 20 novembre 1855) (1).

Le séquestre d'instruction commence à l'expiration du délai de dix jours accordé par l'ordonnance de se représenter. Pour qu'il existe, il n'est donc pas nécessaire que le contumax ait été condamné; il suffit que l'on ait constaté son état de rébellion contre la loi.

Mais si le président de la cour d'assises a omis l'ordonnance de se représenter, comment constater cet état de rébellion? Va-t-on décider dans ce cas que le séquestre pourra néanmoins s'établir?

Un arrêt déjà cité l'a admis (Agen, 20 nov. 1855), mais à tort, croyons-nous. Lorsque l'ordonnance fait défaut, on ne peut pas dire qu'il y ait désobéissance à la loi. Aux termes de l'art. 463 C. I. C, cette ordonnance

1. D. P. 56. 2. 250.

doit contenir l'indication des déchéances qui vont atteindre l'accusé, s'il ne comparait pas ; elle est une dernière mise en demeure qui lui est adressée. S'il ne la reçoit pas, n'est-il pas en droit de répondre qu'il aurait obéi à cette assignation nouvelle ? Il ne saurait être considéré comme rebelle à un ordre qui n'existe pas. — D'ailleurs, quel serait ici le point de départ du séquestre ? Avant le jugement, il ne peut en exister aucun, tout le monde en convient. On pourrait cependant soutenir que la condamnation prononcée contre le contumax va avoir pour effet de réparer ces erreurs de l'instruction. Mais on peut répondre que le jugement doit être cassé, lorsque l'ordonnance de se représenter n'a pas été rendue. C'est du moins ce qu'on induit *a fortiori* d'un arrêt de la Cour de cassation, en date du 22 juin 1833 (1), qui décide que même le défaut de publicité de l'ordonnance est une cause de cassation. Le procureur général de la Cour suprême aura donc à invoquer cette nullité et à faire briser cet arrêt illégal. Or, comment, si l'arrêt est déclaré nul, pourrait-il produire un effet ?

Après l'expiration des délais accordés au procureur général pour introduire le pourvoi, la condition du condamné ne saurait devenir plus mauvaise. Il a été commis une erreur judiciaire : il se peut qu'elle profite au contumax ; mais ce qui est impossible, car ce serait contraire aux principes les plus élémentaires du droit pénal, c'est qu'elle devienne pour lui une cause de préjudice. Dès qu'il peut dire : « Je n'ai pas été prévenu ; je n'ai pas su qu'une poursuite était dirigée contre moi » ; ses réclamations sont justes et doivent être écoutées. Le régime à suivre sera dans cette hypothèse celui de l'absence.

1. Sir. 33. 1. 789.

Ainsi pour que le séquestre prenne naissance, l'ordonnance de se représenter est essentielle ; c'est elle seule qui peut fixer le point de départ de l'incapacité qui en résulte.

Ce que nous venons de dire du séquestre s'applique également à la prohibition d'agir en justice.

La prise de possession *de fait* des biens du contumax par la régie est-elle de plus nécessaire ? L'affirmative a été soutenue par MM. Aubry et Rau (1). A l'appui de leur opinion, ils ont invoqué des raisons sérieuses. La possession, disent-ils, en dehors de certains cas exceptionnels, comme dans la saisine héréditaire (art. 724 C. C.) ne saurait être fictive : c'est le signe révélateur du droit. Il est absolument nécessaire de porter à la connaissance des tiers le dessaisissement opéré dans la personne de l'accusé. Ne faut-il pas les avertir que désormais on ne saurait plus acquérir sur ses biens aucun droit à l'encontre de la régie, ni faire entre ses mains aucun paiement valable ? Une dépossession réelle est donc le meilleur moyen d'atteindre ce but de publicité.

D'ailleurs l'art. 1916 (C. C.) ne nous dit-il pas que le séquestre est une variété du dépôt ? or on sait que le dépôt ne peut être compris sans la remise de l'objet déposé.

Bien plus, l'administration elle-même n'a-t-elle pas compris la nécessité de cette prise de possession, puisqu'elle en marque le point de départ au moyen d'inventaires, de procès-verbaux et de notifications faites aux débiteurs ?

Enfin les partisans de cette opinion ont mis en avant un argument historique : l'institution du séquestre n'est pas nouvelle ; elle existait déjà à Rome, elle avait passé

1. T. I, p. 310.

dans le droit coutumier. Dans l'une comme dans l'autre de ces deux législations, les biens du contumax devaient être saisis. Or une saisie ne saurait être imaginaire. Elle se traduit nécessairement au dehors par une prise de possession effective. Puisqu'il en était ainsi autrefois, et que nulle part le législateur n'a manifesté l'intention de renverser les principes anciennement admis, ne devons-nous pas les appliquer encore aujourd'hui ?

Ces raisons ne nous paraissent pas convaincantes.

D'abord en ce qui concerne le reproche qu'on peut faire à notre système de sacrifier les intérêts des tiers, on peut répondre que la poursuite du coupable, l'ordre qui lui est donné de se représenter sont entourés par la loi de mesures de publicité nombreuses dont les tiers auront sans doute connaissance. Au reste, leur bonne foi se présume toujours, et elle leur permet de réclamer l'exécution des contrats conclus avec le contumax.

On ne peut pas davantage regarder les inventaires, procès-verbaux et notifications ordonnés par la régie, comme un aveu de la nécessité d'une prise de possession. Ces mesures ont un double but : constater l'état des biens à l'instant où le Domaine en prend possession, afin de rendre plus faciles pour l'avenir les comptes de gestion, avertir les tiers qu'il y aurait de leur part imprudence à traiter désormais avec l'accusé.

D'autre part, l'art. 465 C. I. C. prononce le dessaisissement du contumax : « les biens seront séquestrés ». C'est là un effet légal produit par sa désobéissance. La régie est investie du droit de gérer son patrimoine. De même qu'un tuteur, de même qu'un curateur à une succession, de même que tous les administrateurs qui tiennent leurs pouvoirs de la loi, elle n'a pas besoin d'une prise de possession effective;

Quant aux art. 1916 et suivants du Code civil, on peut dire que le séquestre dont ils s'occupent est évidemment tout différent et ne saurait être régi par les mêmes principes que celui qui est confié à l'administration des Domaines : le premier est un contrat, le second une peine. Il n'y a donc aucun argument d'analogie à tirer de l'un à l'autre.

Enfin à l'argument historique, on peut opposer un autre argument tiré également de l'histoire. Sans doute à Rome et dans le droit coutumier, le patrimoine du contumax devait être saisi d'une manière effective. Mais ce système avait été renversé par le décret du 2 septembre 1792, portant que les biens des émigrés seraient confisqués de plein droit, sans qu'aucune prise de possession fût nécessaire.

Cette législation était encore en vigueur au moment de la rédaction du Code d'Instruction criminelle, et rien dans l'art. 465 ne nous permet de supposer que l'on ait eu l'intention de l'abandonner pour revenir aux théories de l'ancien droit.

La jurisprudence s'est rangée à ce second système. (Arrêt d'Agen, 20 nov. 1855; trib. de la Seine, 4 janv. 1870.)

Examinons maintenant les conséquences de chacune de ces solutions.

Exige-t-on la prise de possession réelle de la régie, le contumax conservera toute aptitude juridique sur les biens non *effectivement* séquestrés. C'est ainsi qu'il pourra les vendre, les donner, les hypothéquer, etc... En un mot, tous ses actes ayant date certaine avant l'*exécution du séquestre*, par rapport à tel bien, devront être maintenus au profit des tiers, qui pourront demander aussitôt l'envoi en possession.

Si l'on pense, au contraire, que le séquestre constitue, abstraction faite de toute *exécution matérielle*, un dessaisissement de jouissance et d'administration, les actes faits à l'encontre de ce dessaisissement seront de nul effet. C'est le système que nous avons adopté.

Mais le contumax conservant sa capacité en principe, ainsi que nous avons eu occasion de le démontrer, restera apte à faire valablement tous les actes qui ne porteront pas atteinte aux droits de la régie, dont le rôle dans cette période peut se résumer en une double proposition : veiller à la conservation des biens, mais ne pas les aliéner. Nous avons vu notamment qu'il pouvait se marier, tester, etc..., disposer de la nue propriété de ses biens, mais que cette dernière faculté n'était pour lui qu'une ressource illusoire, puisqu'il se trouvait incapable de recevoir aucun des produits de la chose séquestrée. L'acquéreur qui lui remettait directement le prix de la vente ferait donc un paiement nul, et pourrait être contraint à payer une seconde fois, sauf bien entendu son recours contre son vendeur. Mais ce recours sera le plus souvent inefficace, si celui-ci a déjà dissipé le prix qui lui a été payé. Et c'est ce qui arrivera neuf fois sur dix ; car pourquoi vend-il ? Parce qu'il est sans ressources et qu'il a besoin d'argent.

Au surplus, le contumax pourra même aliéner la pleine propriété de ses immeubles. Cette vente, toutefois, ne produira pas immédiatement ses effets ; tant que le séquestre ne sera pas levé, l'acheteur ne pourra entrer en possession.

Enfin le contumax aura le pouvoir d'emprunter et de constituer comme garantie de ce prêt une hypothèque sur ses immeubles. Mais le créancier, lui aussi, ne saurait user de son droit avant la mainlevée du séquestre. L'ac-

cusé ne peut toucher aucune somme d'argent, aucun produit de ses biens ; comment conférerait-il à d'autres un droit qu'il n'a pas ?

§ 2. — Séquestre de jugement.

La condamnation n'a d'autre effet que de confirmer le séquestre d'instruction. La capacité du contumax sera donc la même après la condamnation que pendant la période d'instruction, au point de vue du droit de disposer de ses biens.

Des jurisconsultes ont pourtant prétendu qu'après le jugement le séquestre devait cesser. Nous avons réfuté une théorie analogue, en ce qui concerne la prohibition d'ester en justice.

En faveur du système, qui soutient qu'après la condamnation, le régime de l'absence doit remplacer le régime du séquestre, trois arguments principaux ont été invoqués.

Le premier est tiré du texte même de l'art. 471 C. I. C. Ce texte porte que : « Si le contumax est condamné, « ses biens seront, à partir de l'arrêt, considérés et régis « comme biens d'absent. » Cet article, dit-on, est formel. Il établit une fiction légale d'absence : *les biens sont considérés comme bien d'absents* ; et il en tire immédiatement la conséquence : *ils seront régis comme tels*. Donc le séquestre va cesser ; les héritiers vont pouvoir demander l'envoi en possession provisoire ; ils conserveront, aux termes de l'art. 127 C. C., la plus large part des fruits et des revenus. Enfin, ils pourront, après trente ans, réclamer l'envoi en possession définitive.

Le deuxième argument est puisé dans les travaux qui ont procédé et préparé la rédaction de l'art. 471. Dans le

projet primitif présenté en 1804, l'art. 345 était ainsi conçu : « Si le contumax est condamné, ses biens seront « à partir de l'exécution de l'arrêt, administrés conformément aux dispositions de l'art. 28 du Code civil. » Or l'art. 28 portait que « les biens du contumax seraient administrés et ses droits exercés de même que ceux des « absents. »

Dans le nouveau projet du Code d'Instruction criminelle, présenté en 1808, l'esprit de l'art. 471 est encore le même : « Si le contumax, y est-il dit, est condamné à une « peine qui n'emporte pas la confiscation, ses biens, seront, « à partir de l'arrêt, considérés et régis comme biens d'absent, et le compte de séquestre sera rendu aux héritiers. « Si le contumax est condamné à une peine emportant « confiscation, le séquestre continuera et la régie des Domaines se mettra en possession définitive des biens, « après que la condamnation sera devenue irrévocable, « par l'expiration du délai pour purger la contumace (1). » Cette rédaction fut critiquée par la Commission du Corps législatif, mais à un seul point de vue. Elle préjugait la question de savoir si l'on admettrait plus tard la confiscation, et cette peine comptait de nombreux adversaires. On fit alors l'art. 471, tel qu'il existe aujourd'hui, mais la pensée qui l'a inspiré est la même que celle de l'art. 474 du projet.

Enfin cette opinion semble confirmée par un avis du Conseil d'État du 20 septembre 1809, d'après lequel le Domaine doit séquestrer et administrer au profit de l'État les biens du contumax, jusqu'à ce que l'envoi en possession ait été obtenu par les héritiers. (Bourguignon, *Jurisprudence des trib. crim. sur l'art. 471. C. I. C.* ; de

1. Locré, t. XXVII, p. 147.

Moly, *Traité des absents*, n^{os} 783 et suiv. ; Pison, *Étude sur la contumace*, année 1876, dans la *Rev. de lég. anc. et mod.*)

Malgré ces raisons, nous préférons adopter le système contraire qui nous paraît résulter à la fois des origines de notre législation sur la contumace, du texte de nos lois et enfin de leur esprit.

Nous avons vu que, dans le droit antérieur, les biens du contumax restaient sous séquestre, après que la condamnation avait été prononcée. Bien plus, les revenus et quelquefois les biens eux-mêmes étaient confisqués au profit de l'État. Telle était la législation en vigueur au moment où le Code d'Instruction criminelle a été promulgué. Sans doute il a apporté à l'ancien état de choses des modifications importantes. C'est ainsi qu'il ordonne la restitution des fruits et autres revenus produits par les biens séquestrés durant la contumace. Mais ni le rapporteur de la loi, ni aucun des orateurs qui ont parlé de ces innovations n'ont dit un seul mot qui puisse laisser supposer que les biens cesseraient d'être placés sous séquestre. N'est-il pas évident qu'un pareil changement n'aurait pas passé inaperçu, et qu'il aurait exigé tout au moins quelques explications ? En leur absence, nous devons conclure qu'on a conservé les principes admis par les lois précédentes.

Nous avons ainsi répondu à l'argument que les partisans de la première opinion tiraient de la rédaction du projet du Code d'instruction criminelle. Nous croyons aussi qu'ils ont singulièrement exagéré la portée de l'art. 471. Lorsque cet article nous dit que les biens seront considérés et régis comme biens d'absents, cela ne signifie pas que le contumax n'est qu'un absent, auquel on devra appliquer toutes les dispositions du titre IV du Code

civil. Telle n'est pas la pensée du législateur. Il indique seulement à l'administration des Domaines les règles qu'elle devra suivre pour la gestion de ses biens. L'art. 471 nous apprend que les biens du contumax seront régis comme biens d'absent; mais il ne nous dit pas par qui ils devront être régis. Il n'y a donc, dans ce texte, rien qui s'oppose à ce qu'ils demeurent confiés à l'administration des Domaines.

D'ailleurs, en admettant même que la première partie de l'art. 471 puisse laisser une place au doute, le deuxième alinéa de cet article est là, pour en indiquer l'exacte signification : « Le compte de séquestre, dit-il, « sera rendu à qui il appartiendra, après que la condamnation sera devenue irrévocable, par l'expiration « du délai donné pour purger la contumace. » Comment expliquer cette disposition, si nous adoptons le système que nous combattons?

On a cherché à soutenir qu'il ne s'agissait ici que du compte du séquestre d'instruction. Mais s'il en était ainsi, on ne comprendrait pas pourquoi le législateur aurait reculé la reddition de ce compte jusqu'à l'expiration du délai pour purger la contumace. Les héritiers, dit-on, ont le droit de demander l'envoi en possession provisoire aussitôt après la condamnation. Pour être logique, il aurait aussi fallu leur accorder, à dater de la même époque, la faculté d'exiger que la régie leur rende compte de sa gestion.

Les art. 472 et 475 C. I. C. viennent confirmer cette interprétation.

L'art. 472 nous dit qu'un extrait du jugement de condamnation devra être envoyé au directeur de l'Enregistrement du domicile du contumax. Pourquoi? si ce n'est

pour que celui-ci sache qu'il doit continuer à prendre soin des biens et à les gérer.

L'art. 475, à son tour, permet à l'autorité administrative d'accorder des secours à la femme, aux enfants, au père ou à la mère de l'accusé, pendant la durée du séquestre. Il ne s'agit pas ici du séquestre d'instruction, car les articles qui précèdent et ceux qui suivent se rapportent tous à l'hypothèse où une condamnation a été prononcée. D'ailleurs, la durée du séquestre d'instruction ne sera jamais que de quelques jours. Il ne peut pas y avoir, pour la famille, de graves périls à attendre qu'il ait cessé. Il n'est pas vraisemblable que le législateur ait pris soin de régler une hypothèse aussi exceptionnelle, au moyen d'un article spécial.

Notre système peut encore invoquer en sa faveur l'esprit de la loi. La pensée qui domine toute cette matière de la contumace et que nous retrouvons à chaque pas, c'est d'empêcher l'accusé de trouver des ressources qui lui permettent de continuer sa rébellion. Or, il faut bien le reconnaître, si l'on admettait le premier système, ce but ne serait pas atteint. On enlèverait à l'accusé la jouissance de sa fortune, mais on la donnerait à ses héritiers présomptifs, à ses enfants, à ses plus proches parents. Ceux-ci ne s'en considéreraient que comme dépositaires. Peut-être quelques-uns d'entre eux, mus par une détestable avidité, conserveraient-ils pour eux les fruits qu'ils auraient perçus ; mais le plus grand nombre se croirait obligé d'honneur à les restituer, d'une manière indirecte, à l'accusé et à lui procurer tout ce dont il aurait besoin. Le but de la loi serait manqué.

Quant à l'avis du Conseil d'État, qu'on veut faire intervenir dans la question, il suffit de remarquer qu'il a été rédigé antérieurement à la mise en exécution des

dispositions du Code d'Instruction criminelle sur la contumace, et qu'il n'a plus aujourd'hui aucune valeur législative.

Le séquestre continue donc après le jugement de condamnation (Duranton, I, n° 229 ; Humbert, n° 344 ; Demolombe, t. I, n° 225 ; Aubry et Rau, t. I. p. 344, note 8 ; Paris, 27 décembre 1834 (1) ; Montpellier, 19 mars 1836 (2) ; Caen 6 janvier 1845) (3). — Nous croyons même qu'il n'y aura pas lieu, pour qu'il en soit ainsi, de tenir compte de la peine encourue. Il en résulte qu'il pourrait s'exercer, alors même que la condamnation ne prononcerait qu'une peine correctionnelle, quoiqu'il ne soit jamais attaché aux condamnations par défaut prononcées par les tribunaux correctionnels. Mais comme le fait justement remarquer M. Trébutien (4), cette rigueur a sa compensation, car tandis que la condamnation prononcée par les tribunaux correctionnels devient définitive après l'expiration des délais d'opposition, le contumax pourra toujours faire tomber la condamnation prononcée par la cour d'assises en se représentant avant que la prescription ne soit acquise. Nous dirons, avec le même auteur, que si la condamnation correctionnelle n'emporte qu'une peine pécuniaire, la raison conduit à décider que le séquestre doit cesser lorsque le montant de la condamnation est recouvré. Mais ce cas s'est-il jamais présenté ?

1. Sir. 36. 2. 201.

2. Sir. 36. 2. 319.

3. Sir. 45. 2. 393.

4. *Cours élémentaire de droit criminel*, 2^e édit., revue par MM. Laisné-Deshayes et Guilleuuard.

SECTION DEUXIÈME

SUR QUELS BIENS PORTE LE SÉQUESTRE

Le séquestre porte d'abord sur tous les biens meubles ou immeubles, dont le contumax *a la pleine propriété*, et sur tous ceux qui peuvent entrer dans la suite dans son patrimoine. Mais cette règle ne peut s'appliquer qu'aux biens situés en France et non à ceux que le contumax possède à l'étranger, car le séquestre, étant une mesure toute pénale, dépend du statut réel. Toutefois notre loi retrouverait son empire et les valeurs étrangères pourraient être séquestrées, si elles étaient saisies en France.

Une question intéressante peut se poser à propos de l'annexion. Supposons que la portion du territoire où l'immeuble du contumax est situé vienne à être annexée à la France. Que doit-on décider? Chacun sait que l'un des caractères de l'annexion est d'agir rétroactivement : la souveraineté de la nation cessionnaire est, par une fiction hardie, censée avoir toujours existé sur le territoire annexé. Par application de ce principe, nous devons conclure avec la jurisprudence que dans l'hypothèse indiquée, le domaine prendra possession de l'immeuble situé sur le territoire annexé, de même qu'il perdrait réciproquement tous ses droits sur un immeuble français, si, à l'inverse, le sol de cet immeuble était retranché de notre territoire (Cour d'assises Chambéry, 25 fév. 1863 (1) ; — Cass. 17 avril 1863, (2). La Cour de cassation ne met qu'une restriction à cette solution : il doit

1. D. P. 63. 2. 25.

2. D. P. 63. 1. 389.

y avoir similitude sur le point en question entre les deux législations qui se remplacent. Si, en effet, la loi du pays cédant ne reconnaissait pas le séquestre du contumax, il semble bien que le contumax, originaire de ce pays, ne pourrait pas y être assujéti.

Le principe de la rétroactivité de l'annexion nous permet encore de décider que, dans le cas où le crime ayant été commis avant l'annexion sur le territoire nouvellement réuni à la France, le coupable se serait réfugié sur le territoire français et aurait été condamné par contumace par les tribunaux de l'État démembré, le gouvernement français peut, après l'annexion, traduire ce dernier devant une cour d'assises française pour le faire juger contradictoirement. C'est du moins ce qu'a décidé la Cour de cassation, en se fondant sur ce motif que le chef du pouvoir exécutif de la nation cessionnaire exerce même rétrospectivement la répression territoriale et l'exécution des arrêts criminels. (Arrêt du 17 avril 1863, déjà cité.)

Ainsi le séquestre s'applique à tous les biens dont le contumax a la propriété; nous devons ajouter qu'il frappe même les biens insaisissables : créances, rentes, titres et valeurs quelconques, droit d'usage, d'habitation. Une exception doit cependant être apportée à cette règle. Elle concerne les biens des faillis. Nous y reviendrons plus tard. En dehors de ce cas spécial, le séquestre s'exerce complètement. C'est ainsi que l'administration des Domaines peut percevoir les arrérages d'une rente viagère, qui auraient été constitués au profit du contumax (Caen, 6 janvier 1845) (1), sous la condition toutefois que l'existence du contumax sera justifiée par elle, conformément à l'art. 1983 (Géraud, n° 2242).

1. D. P. 45. 2. 115.

Nous croyons aussi que les rentes françaises tombent sous le séquestre, nonobstant le principe de leur insaisissabilité : en effet, l'administration en perçoit bien les arrérages, mais n'empêche pas la circulation du titre. Notre opinion peut d'ailleurs trouver un point d'appui dans certains arrêts qui ont admis qu'en cas de contestation sur la propriété d'une rente sur l'État, les tribunaux peuvent ordonner le séquestre de cette rente (Paris, 7 juillet 1836 et, sur pourvoi, 28 novembre 1838, arrêts cités par Dalloz, v° *Trésor public*, n° 1166). De plus les art. 465 et 471 C. I. C. ne font aucune restriction. Enfin il y a cette considération très importante, que le législateur ayant voulu enlever toute ressource au contumax, n'a pas pu commettre la négligence de laisser à sa disposition des valeurs, qui constituent peut-être la plus grande partie de sa fortune.

Le séquestre, avons-nous dit, s'applique aux biens présents et aux biens à venir. Parmi ces derniers il faut comprendre : le capital dû en vertu d'une police d'assurances sur la vie. Ce capital, en admettant qu'il soit payable en cas de vie à une époque comprise dans la durée du séquestre, est recueilli par le Domaine, à la charge par l'administration de prouver la vie du contumax (Nusse, n° 641). S'il ne s'agissait que d'un capital payable au décès, le domaine aurait simplement le droit de séquestrer les polices, afin d'empêcher que le contumax par un endos ne les transmette à un tiers, ou que, après trois ans de versement de primes, il ne les fasse racheter par la compagnie.

La même règle a lieu pour les primes et lots afférents par voie de tirage au sort, pour le remboursement de certaines obligations : ici encore le Domaine doit apposer le séquestre.

Enfin il peut arriver que des successions échoient au contumax pendant la durée du séquestre. Il est certain qu'en dehors du cas d'indignité, celui-ci conserve la saisine et sa vocation héréditaire, pour les successions *ab intestat* qui peuvent lui advenir. Dès lors, le domaine, qui veut recueillir ces successions en son lieu et place, doit faire la preuve de son existence, conformément aux art. 135 et 136 C. C. A défaut de cette preuve, la part du contumax est dévolue à ses cohéritiers ou aux successibles du degré subséquent. Cette doctrine ne souffre aucune difficulté et le Domaine s'y conforme dans la pratique (Géraud, n° 2248.)

On peut se demander seulement si le Domaine qui n'est qu'un simple régisseur, comme nous le verrons, peut intenter l'action en partage. Il n'y a pas de doute, s'il ne s'agit que d'un partage provisionnel ou de jouissance, car il n'y a là qu'un simple acte d'administration, qui n'excède pas les pouvoirs du Domaine. S'agit-il au contraire d'un partage définitif, nous déciderons que le Domaine n'a aucune qualité pour le demander, puisqu'il n'a pas le pouvoir d'obliger ou de disposer, qu'impliquent l'acceptation et la liquidation compliquée d'une succession. L'art. 817, il est vrai, donne l'action en partage même définitif aux envoyés en possession provisoire, mais ce texte n'est pas applicable ici, puisque le Domaine n'a pas qualité d'envoyé; d'ailleurs les expressions « ré-
« gis comme biens d'absent » indiquent assez que si la loi donne au domaine les pouvoirs d'administration, elle ne lui donne que ceux-là. L'assimilation la plus raisonnable à faire n'est donc pas du Domaine avec l'envoyé mais du Domaine avec le tuteur, et nous dirons par analogie des art. 465, 817, 840 C. C. qu'il ne peut provoquer l'action en partage qu'avec l'autorisation de jus-

tice, substituée pour lui à celle du conseil de famille.

Que si maintenant nous prenons l'hypothèse inverse, celle où l'action est intentée par les cohéritiers du contumax, nous admettrons que le Domaine n'a pas besoin de l'autorisation, car le juge ne pourrait le lui refuser : nul n'étant tenu de rester dans l'indivision.

Comment le contumax sera-t-il représenté dans les diverses opérations du partage? Nous estimons qu'il faudra appliquer par analogie l'art. 413 C. C., qui statuant sur les présumés absents, décide qu'un notaire sera désigné pour les représenter dans les inventaires, comptes, liquidations, partages. Il faut remarquer que, pour le non-présent, alors même que le tribunal aurait préposé un curateur à l'administration de tous ses biens, il n'y aurait pas moins lieu de faire nommer un notaire pour le représenter dans la liquidation de la succession(1). Or, dans notre cas, le Domaine peut être regardé comme un curateur ; la présence du notaire se justifiera par les mêmes raisons. Ajoutons que la même mesure serait applicable à toute liquidation quelconque, à laquelle le contumax pourrait être intéressé : partage de société, de communauté, etc.

Quel sera le rôle du Domaine, en présence du notaire commis? Il aura le droit de se faire rendre compte de tous les actes de ce délégué, et s'ils lui paraissent critiquables, il les dénoncera à la justice. Il veillera notamment à ce que le notaire ne dépasse pas les termes du mandat dont il est investi. Enfin quand toutes les opérations du partage seront terminées, le séquestre s'appliquera au lot définitivement échu au contumax (art. 285 C. Pr. c.).

Nous n'avons, bien entendu, supposé que des succes-

1. Demolombe, *Absence*, n° 40.

sions *ab intestat* échues au contumax : car il ne peut être question de legs ni de donations en sa faveur, du moins après les cinq ans qui suivent l'exécution par effigie.

Le séquestre porte non seulement sur les biens dont le contumax a la pleine propriété, *mais encore sur ceux dont il n'a que la jouissance*, soit comme antichrésiste, emphytéote, fermier, soit comme grevé de substitution ou usufruitier.

L'usufruit légal lui-même profite au Domaine. Nous savons, en effet, que la dégradation civique encourue par le contumax est sans intérêt, quant à la puissance paternelle. Cette situation si fâcheuse trouvera en pratique certains palliatifs dans l'art. 475 C. I. C., qui permet au Domaine d'accorder des secours à la famille du condamné, ou dans l'émancipation du mineur, qui mettra fin à la jouissance légale.

La même solution s'impose pour les biens de la femme dont le mari a la jouissance légale. La femme est-elle mariée sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle ? Le séquestre s'étendra par application des art. 1421 et 1428 C. C., non seulement sur les acquêts, mais encore sur les biens dépendant de la communauté et même sur les biens personnels de la femme, dont le mari avait l'administration et dont il percevait les revenus (Nusse, n° 646 ; Géraud, n° 2242, 1°). Il en sera de même sous le régime exclusif de communauté. Enfin les revenus des biens dotaux seront également séquestrés sous le régime dotal. Seuls, les revenus des biens dont la femme se sera réservé l'administration, ne seront pas accaparés par le fisc. C'est ce qui arrivera par exemple, si celle-ci s'est mariée sous le régime de séparation

de biens ou de paraphernalité. — Dans l'ancien droit, cette solution avait été consacrée par un arrêt du Parlement de Paris, 7 septembre 1747, aux termes duquel les droits de la femme ne pouvaient empêcher l'annotation. Elle est encore incontestable en matière de séquestre. (Géraud, n° 2252.)

La femme n'aura aucune issue satisfaisante pour sortir de cette situation. Elle pourra, il est vrai, demander le divorce ou la séparation de corps, ce qui entraînera par voie de conséquence la séparation de biens : mais il ne nous a pas paru possible de l'autoriser à faire prononcer l'un ou l'autre jugement, en se basant sur la condamnation seule par contumace de son mari. D'ailleurs, si sa conscience répugne à demander la séparation de corps ou le divorce, si elle veut suivre son mari dans ses infortunes, faudra-t-il qu'elle soit punie de sa fidélité et que ses biens soient séquestrés en même temps que ceux de son mari ? Elle a, dit-on, la ressource de la séparation de biens principale : mais il ne faut pas oublier qu'elle ne peut l'obtenir qu'à condition que sa dot soit en péril. Le mari contumax peut être un très bon administrateur : elle n'aura donc le plus souvent aucun motif plausible pour la demander. D'ailleurs le séquestre donne à la femme l'État pour débiteur : c'est une garantie de solvabilité plus grande que celle de son mari. Il est vrai qu'en pratique le Domaine défendeur à l'action en séparation de biens s'en rapporte le plus souvent à justice par l'intermédiaire de l'avoué qu'il a constitué ; mais son libéralisme ne peut aller jusqu'à abdiquer ses droits. Et puis, il a le devoir de prévenir toute collusion, et de s'opposer à une séparation de biens, qui ne serait pas fondée sur des motifs sérieux.

Ce n'est pas seulement en matière de contumace que

la femme voit l'administration de ses biens passer en des mains étrangères. La solution est la même en cas de condamnation contradictoire, avec cette différence que c'est le tuteur de l'interdit légal qui administre ses biens. Là, non plus, il n'est pas douteux que la femme ne soit impuissante à obtenir la séparation de biens, si d'ailleurs sa dot n'est pas en péril. Il est vrai que, dans ce cas, la femme obtient de plein droit la séparation de corps ou le divorce : mais on ne devrait pas la contraindre à avoir recours à l'un ou à l'autre de ces moyens extrêmes. Lors de la discussion de la loi du 31 mai 1854, un député avait proposé un amendement tendant à autoriser la séparation de biens sur le simple vu de l'arrêt de condamnation ; et cette solution aurait pu sans difficulté être étendue à la contumace. Mais cet amendement fut rejeté, parce qu'on pensait que la séparation de corps, qui existait seule à ce moment, était pleinement suffisante, et que d'ailleurs les tribunaux prononceraient la séparation de biens principale, toutes les fois qu'il y aurait un intérêt sérieux. Il en résulte une situation déplorable, dans laquelle la femme qui ne veut ni de la séparation de corps, ni du divorce, est obligée de demander l'aumône au Domaine sur ses propres biens.

Inversement, lorsqu'il s'agit de la contumace d'une personne mariée, le séquestre ne peut être mis sur ses biens au préjudice des droits d'administration et de jouissance du mari. C'est ainsi qu'il ne peut s'étendre sur aucun des biens de la communauté, ni sur les biens dotaux. Sont donc seuls soumis au séquestre les biens dont la femme s'est réservé la jouissance exclusive : tels les paraphernaux, et, sous le régime de communauté, les propres dont elle s'est réservé la gestion par son

contrat de mariage (Angers, 28 mars 1833) (1). Il serait injuste, en effet, que le crime de la femme pût changer les conditions du mariage, et priver le mari des avantages que lui ont assurés les conventions matrimoniales. D'ailleurs l'administration conférée à la régie par les art. 465 et 471 C. I. C. ne comprend que les biens du contumax, et l'on peut considérer les biens dépendant de la communauté comme appartenant au mari. Enfin un autre argument, s'il en est besoin, pourrait être tiré de l'art. 475 C. I. C. D'après cet article, des secours peuvent être accordés, durant le séquestre, aux enfants, à la femme, au père ou à la mère de l'accusé, s'ils sont dans le besoin, mais ce texte ne fait aucune mention du mari; ce qui ne peut s'expliquer que par la pensée qu'a eue le législateur que, le mari devant conserver ordinairement l'administration des biens de la femme en état de contumace, la même prévoyance était inutile à son égard.

SECTION TROISIÈME

ÉTENDUE DES POUVOIRS DU SÉQUESTRE

Le séquestre, nous le savons, est confié à l'administration de l'Enregistrement. Après l'envoi par le ministère public de l'ordonnance et du jugement de contumace, le directeur des Domaines du domicile du condamné transmet ces pièces aux receveurs de l'arrondissement. Le receveur chargé de la régie est celui de la situation de chaque immeuble, mais c'est le receveur du domicile qui doit faire seul les recettes. Enfin le directeur des Domaines centralise les faits, gestes et respon-

1. Sir. 33. 2. 258.

sabilités de ses subordonnés dans une gestion d'ensemble; c'est en son nom que se fait la régie des biens du contumax.

Si celui-ci n'a pas de biens, un procès-verbal de carence appelé *certificat d'insolvabilité* constate le fait et en transmet avis à la direction.

Ces explications données, quels sont les pouvoirs de la régie?

Ce sont ceux d'un administrateur ordinaire. Le Domaine régit le patrimoine du contumax, mais il est étranger à sa personne et aux droits qui y sont exclusivement attachés; de même aussi le Domaine étant étranger à la personne du contumax, il en résulte que celui-ci n'a pas domicile à l'administration, mais qu'il garde le domicile qu'il avait avant de quitter la France, à moins qu'il n'ait perdu l'esprit de retour (Montpellier, 5 août 1836) (1).

Nous devons distinguer deux périodes pour bien déterminer les pouvoirs du Domaine : 1° la période d'ins-truction; 2° celle qui suit le jugement.

1° *Avant la condamnation*, la loi ne trace aucune règle. La mission du Domaine se borne donc au séquestre : mission toute passive, consistant seulement à veiller à la conservation des biens. Pour tous autres actes, notamment ceux de gestion, la justice doit intervenir (Cass. 17 janvier 1855) (2).

2° *L'arrêt une fois rendu*, la loi dispose que les biens du contumax seront, à partir de l'exécution de cet arrêt, régis comme biens d'absent (art. 471 C. I. C.).

Mais à quelle période de l'absence le législateur fait-il

1. Sir 37. 2. 220.

2. Sir. 55. 1. 97.

allusion ? Il est certain que la pensée du législateur n'a pas été qu'on applique ici successivement les trois périodes de l'absence, car il ne s'agit plus, comme dans l'hypothèse de l'absence, d'augmenter graduellement les pouvoirs de l'administration, à mesure que les chances de vie diminuent. L'existence du contumax n'est pas incertaine le plus souvent.

On ne peut donc se référer qu'aux règles suivies pour une seule des trois périodes de l'absence. Mais quelle période servira de type à l'administration de la régie ?

D'abord il ne saurait être question de la première : celle où les biens du non-présent sont administrés par un curateur (art. 412 à 415 C. C.), autrement l'art. 471 C. I. C. serait bien inutile, puisqu'il ne ferait que donner au Domaine les pouvoirs qu'il avait avant le jugement. Puis la loi parle de biens d'absent et non pas de biens de non-présent.

La troisième période doit de même être écartée. Les héritiers sont alors envoyés définitivement en possession, par cette considération que la mort de l'absent est presque absolument certaine. Le Domaine gère, au contraire, pour le compte d'autrui et reste presque toujours étranger au patrimoine qu'il administre. S'il fallait appliquer les règles de cette troisième période, la régie aurait trop de pouvoirs.

Reste la seconde : période de l'envoi en possession provisoire. C'est sur cette période que la régie devra se baser pour administrer les biens du contumax. C'est du moins, à notre avis, le sens le plus raisonnable qu'on puisse donner aux termes de l'art. 471. En effet, l'envoi en possession provisoire n'est qu'un dépôt avec lequel le séquestre a beaucoup d'analogie ; seulement le fisc n'étant pas un héritier présomptif aura nécessairement

des droits moins étendus que l'envoyé : il régira les biens du contumax avec les pouvoirs, mais sans le titre d'envoyé (1).

La règle que le Domaine n'est pas un envoyé en possession conduit à plusieurs conséquences importantes. D'abord il ne peut être question de droits de mutation, puisque le contumax demeure propriétaire. De plus le Domaine ne doit être considéré que comme gérant. Enfin il ne pourra prétendre à la portion de fruits que l'art. 127 C. C. assigne aux envoyés en possession provisoire, lors de la restitution.

Avant d'entrer en gestion, le Domaine a certaines formalités à remplir : c'est ainsi qu'il doit faire poser les scellés sur les meubles et papiers par procès-verbal du juge de paix, et provoquer l'inventaire du mobilier. A défaut d'inventaire, le contumax ou ses ayants cause seraient admis à faire la preuve du mobilier par tous moyens quelconques. De plus, l'intérêt du Domaine étant opposé à celui du contumax, il faut que ce dernier soit représenté par un notaire (art. 113).

Le Domaine prend également la précaution de faire constater l'état des immeubles, afin de prévenir les difficultés qui pourraient s'élever au moment de la reddition du compte.

Quand toutes ces formalités sont remplies, il entre enfin en possession effective des biens du contumax, mais sans être tenu de donner caution ; probablement parce qu'il est réputé solvable : *fiscus semper solvendo censetur*. Cependant, on pourrait répondre que, dans le cas où la caution est exigée des particuliers, la loi prend

1. Pascaud, *Ség. des biens du contumax*, année 1879, t. VIII, p. 17.

toujours soin d'en exempter l'État (art. 771 C. C. et la loi du 21 févr. 1827). Or, ici, la régie n'étant pas formellement exemptée de la caution, il semble bien qu'elle ne peut échapper à cette obligation imposée aux envoyés. Mais nous avons fait remarquer que la régie n'est pas un envoyé : l'art. 471, en lui refusant cette qualification, l'affranchit implicitement des formalités qu'elle entraîne.

Le Domaine est entré en possession. Quelle sera sa mission? On peut la considérer sous une double face : Le Domaine est d'abord séquestre. En second lieu, il est régisseur représentant du contumax.

1° *Mission du Domaine comme séquestre.* — Le domaine devra conserver pour rendre. Tous les meubles et immeubles décrits aux états et inventaires, seront gardés par lui, pour être restitués en même consistance, nature ou identité.

Les dépenses d'entretien et de conservation seront faites aux frais du contumax.

L'obligation de rendre du Domaine s'étend même aux fruits et produits. Cependant, on a soutenu que les fruits échus pendant la période qui s'écoule depuis le onzième jour, date de l'ordonnance de se représenter, jusqu'à l'exécution par effigie, devaient être attribués au fisc (Merlin, *Répert.*, v° *Séquest. par contum.* — Avis du Conseil d'État du 20 sept. 1809; — Circul. minist. de la Justice et des Finances des 20 avril et 20 août 1810). Cette opinion n'a pas prévalu, car le système de confiscation du Code de brumaire an IV a été aboli par le Code d'Instruction criminelle, et d'ailleurs la confiscation est pros-crite aujourd'hui de notre constitution.

Cette question écartée, il s'en est produit une autre plus délicate, qui, se fondant sur ce que les biens du

contumax doivent être administrés comme ceux des absents, estime que le Domaine doit conserver la portion de fruits accordée par l'art. 127 aux envoyés en possession. (Legraverend, tome II, p. 577; — Marcadé, sur l'art. 28, n° 4; — Pont, *Petits contrats*, t. I, p. 256.) On sait qu'aux termes de l'art. 127, l'envoi en possession provisoire a des effets pécuniaires qui varient suivant le temps plus ou moins long qui s'est écoulé depuis la disparition de l'absent : si ce dernier reparait avant quinze ans révolus, on ne lui doit compte que du cinquième de ses revenus ; après quinze ans accomplis, que du dixième.

Cette opinion a été également repoussée par la jurisprudence et la majorité des auteurs. En effet, le Domaine n'est pas un véritable envoyé. Admettre la solution opposée, ce serait rétablir, d'une façon détournée, la confiscation. (Demolombe, tome I, n° 225; — Aubry et Rau, t. I, § 84, p. 347, texte et note 19; — Humbert, n° 361 et 362; — Géraud, n° 2261; — Nusse, n° 685. — Paris, 27 décembre 1834.)

L'administration de la régie sera donc purement gratuite. C'était du moins l'opinion dominante avant la loi des 5-15 mai 1855. La régie, pour soutenir ses prétentions, s'appuyait bien sur la loi du 25 juillet 1793, relative aux émigrés, et d'après laquelle il lui était permis de prélever un droit proportionnel de 5 0/0 sur les revenus, pour couvrir ses frais généraux d'administration. Mais la jurisprudence avait toujours refusé de consacrer cette doctrine, en faisant remarquer avec raison que la loi du 25 juillet 1793 était spéciale à l'émigration et ne s'appliquait pas à la contumace. (Paris, 12 mars 1842; Dalloz, *Répert. cont.*, 67.)

Depuis la loi du 25 mai 1855 précitée, la question ne fait plus de doute : le Domaine peut aujourd'hui réclamer

du contumax, dont il a géré les biens et qui a obtenu sa réintégration, non seulement ses dépenses justifiées, mais de plus le droit proportionnel de 5 0/0 réclamé par lui. « Les frais de régie dus à l'administration, dit l'art. 16 « de la loi, sur le montant des sommes et des produits « qu'elle recouvre pour le compte des tiers ou qui doivent « lui être remis, seront prélevés et perçus au taux uni- « forme de 5 francs par 100 francs, et à titre d'adminis- « tration et de perception. » (Aubry et Rau, t. I § 84, p. 348, note 20; Nusse, n° 686; Géraud, n° 2263.)

2^e Mission du Domaine comme régisseur représentant du contumax. — Comme régisseur des biens du contumax, le Domaine a les mêmes pouvoirs que ceux d'un envoyé provisoire. Il peut donc faire tous actes de conservation et d'administration, interrompre les prescriptions, prendre ou renouveler les inscriptions hypothécaires, consentir des baux dans les limites des art. 1429 et 1430 C. C., intenter l'action pour faire courir les intérêts moratoires... etc., tous actes interdits au contumax tant à cause du dessaisissement résultant du séquestre que par suite de la prohibition d'agir en justice dont il est frappé.

Le Domaine a également le pouvoir de recevoir les capitaux et d'en donner décharge, et réciproquement il peut payer les créanciers du contumax. Il a même le devoir de payer les dettes de celui-ci quand elles sont dûment établies. Mais dans la pratique il ne paie que sur titres vérifiés en justice au moyen d'un jugement commun entre lui et les créanciers.

Il exerce toutes les actions mobilières et personnelles d'intérêt pécuniaire concernant le contumax, et il a également qualité pour y défendre. C'est ainsi que nous avons vu qu'il pouvait demander un partage provisionnel.

Il peut arriver qu'il soit condamné aux dépens. Comme il ne peut être tenu qu'*ultra vires*, la condamnation ne s'exercera que sur les sommes encaissées. Si celles-ci sont insuffisantes, le Domaine fera défaut comme séquestre, et passera aux juges un mémoire dans lequel il conclura, en tant qu'administrateur, à ne pas être condamné aux dépens. (Géraud, n° 2269.)

Que décider pour les actions immobilières ? Le Domaine pourra, croyons-nous, y défendre, mais non les intenter. Aux termes de l'art. 464 du Code civil, « aucun « tuteur ne pourra introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur.... sans l'autorisation du conseil de famille. » Le séquestre jouant ici le rôle d'un représentant, nous déciderons, par analogie, que la prohibition qui le frappe ne pourra être levée que par l'autorisation de justice.

Il peut arriver que le Domaine ait des intérêts contraires à ceux du contumax. Dans ce cas, l'instance ne peut être régulièrement suivie que par un curateur *ad hoc* nommé par la justice (Paris, 5 mai 1891) (1).

Il nous reste à nous demander quels sont les actes interdits au Domaine. Et d'abord il est bien certain qu'il ne saurait représenter le contumax pour les actions extrapatrimoniales, ou immatérielles. Nous en avons déjà donné la raison. De même, il n'a pas le droit de disposer de la nue propriété des biens de ce dernier, puisque son droit ne porte que sur la jouissance de ces biens. C'est en vertu de ce principe que le mobilier du contumax est conservé et non vendu. Le Domaine ne peut vendre que les comestibles et les provisions pour le chauffage et l'éclairage. Cette vente est même obligatoire aussitôt

1. Sir. 92. 2. 531.

après l'ordonnance qui autorise le séquestre. (Lettre minist. du 8 fructidor an VII.) A l'égard de tout autre mobilier, il n'y a lieu de vendre que ce qui ne pourrait facilement être conservé sans perdre une certaine valeur. La vente est-elle nécessaire ? Le domaine, étant tenu de régir les biens du contumax, suivant les règles tracées par le Code civil pour la régie des biens d'absent, devra, conformément à l'art. 126 de ce Code, faire autoriser la vente par un tribunal. (Géraud, n° 2244.)

Quant au mobilier non susceptible d'être vendu, il est confié, après description par le receveur du Domaine, à une personne solvable qui intervient à l'inventaire et s'engage à le représenter quand il y aura lieu.

Ne pouvant pas aliéner, le Domaine ne peut pas d'avantage hypothéquer (art. 128 C. C.). Mais il est bon de savoir que les envoyés en possession provisoire peuvent exercer ces deux facultés avec l'autorisation des tribunaux (art. 128 et 2126 C. C. combinés; Demolombe, *Abs.*, n°s 111 et s.). — Les biens du contumax étant régis comme biens d'absent, nous étendrons cette solution aux pouvoirs du Domaine, et nous déciderons que même les immeubles du contumax pourront être aliénés par le Domaine, pourvu qu'il ait obtenu un supplément d'autorisation judiciaire. Cette solution est d'autant plus rationnelle, que l'aliénation sera parfois nécessaire, soit pour désintéresser des créanciers, soit pour donner des secours à la famille.

Nous appliquerons la même idée à l'option sur l'acceptation ou la répudiation d'une succession. Cette option ne peut émaner que de quelqu'un qui a la capacité de s'obliger et d'aliéner, mais le Domaine pourra néanmoins l'exercer, à condition d'obtenir l'autorisation de justice. Il pourra même faire une acceptation pure et simple,

lorsque l'autorisation d'opter lui aura été donnée purement et simplement. Dans ce cas, les créanciers de la succession, pour ne pas se trouver en concours avec ceux du contumax, n'auront qu'à prendre contre le séquestre inscription de séparation de patrimoine, pourvu qu'ils soient dans les six mois de l'ouverture de la succession.

En résumé, le Domaine représente le contumax dans toutes les actions relatives au patrimoine (Caen, 8 mai 1866 (1); Agen, 20 novembre 1855) (2), mais non dans celles exclusivement attachées à la personne. Nous ajouterons qu'il ne saurait faire au nom du contumax aucune donation, ni aucun compromis. Enfin la chose jugée pour ou contre le Domaine, agissant dans la limite de ses pouvoirs, l'est également pour ou contre le contumax. Quant à la chose jugée vis-à-vis de ce dernier, elle n'est opposable à la régie que s'il s'agit de jugements antérieurs au dessaisissement.

Celle-ci est-elle responsable de sa négligence, si elle omet des actes nécessaires à la conservation des droits du contumax, et si les actes accomplis par elle sont irréguliers? Nous le croyons, mais cette responsabilité ne nous paraît pas excéder celle du dépositaire, telle qu'elle est fixée par l'art. 1927 du Code civil. La régie ne sera donc tenue que de sa faute *in concreto*.

SECTION QUATRIÈME

RAPPORTS DU DOMAINE AVEC LES TIERS

Le Domaine peut se trouver en rapport, par suite de

1. D. P. 67. 2. 161.

2. D. P. 56. 2. 250.

la gestion du patrimoine du contumax, avec différentes sortes de personnes : soit des débiteurs du condamné, soit des créanciers, soit des personnes invoquant un droit de propriété, ou un démembrement de la propriété sur un de ses biens. Il peut aussi avoir à faire avec des communistes ou des coassociés du contumax. Enfin il aura sans doute à répondre aux demandes de secours de la famille.

§ 1. — Rapports du Domaine avec les débiteurs du contumax.

Le contumax, étant dessaisi par l'effet du séquestre, n'a plus qualité pour recevoir un paiement. A l'administration des Domaines seule appartient ce droit. Le moment du dessaisissement s'effectuant à partir de l'ordonnance de se représenter, il suit de là que le débiteur, qui s'acquitterait envers le contumax à partir de ce moment, serait exposé à payer deux fois. Le Domaine peut même refuser toute quittance, qui n'aurait pas date certaine antérieure à la signification de l'ordonnance. Il peut se faire cependant que les débiteurs soient de bonne foi, qu'ils ignorent l'état de contumace de leur créancier. Dans ces conditions, nous croyons qu'ils pourront se prévaloir du tempérament apporté par l'art. 1240 du Code civil, qui déclare « valable le paiement « fait de bonne foi à celui qui est en possession de la « créance, » encore que le possesseur en soit par la suite « évincé. » La même solution s'impose pour les quittances usuelles d'intérêts, loyers, fermages, qu'une pratique constante dispense de date certaine. Mais encore faut-il que le paiement n'ait pas été fait par anticipation.

Nous devons placer ici une remarque importante. Le débiteur du contumax ne devient pas bien certainement

le débiteur de l'État par l'effet du séquestre. Autrement sa situation se trouverait singulièrement aggravée par suite d'une faute, qui ne lui est point imputable. De plus il est évident que l'art. 471 C. I. C., en nous disant que les biens du contumax doivent être traités comme biens d'absent, n'entend pas les assimiler aux biens domaniaux. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée la majorité des tribunaux.

La conséquence de notre doctrine sera la suivante : le paiement ne pourra pas être réclamé au débiteur par voie de contrainte administrative, mais seulement par voie d'assignation. Ce dernier, en cas de poursuites, conservera donc les garanties ordinaires, notamment celle de pouvoir introduire un appel contre le jugement de première instance qui pourra avoir été rendu contre lui ; tandis qu'avec le système contraire, il n'aurait pu exercer qu'un recours en cassation : la contrainte administrative ne permettant pas l'appel (Géraud, n° 2264).

Le Domaine recevant le paiement des débiteurs pourra leur donner mainlevée hypothécaire ; mais il devrait obtenir l'autorisation de la justice, s'il y avait lieu de donner une mainlevée gratuite.

§ 2. — Rapports du domaine avec les tiers invoquant un droit de propriété ou un démembrement de la propriété.

Nous avons admis que le contumax, n'étant pas en état d'interdiction légale, jouit en principe des droits civils et notamment du droit d'aliéner ses immeubles. Mais comme l'aliénation qu'il a pu consentir porte atteinte aux droits de la régie, nous rappelons qu'elle ne produira ses effets qu'après la mainlevée du séquestre, et que si l'acquéreur a payé entre les mains du contumax,

l'administration des Domaines pourra exiger un second paiement.

Supposons maintenant que le Domaine constate *postérieurement* au dessaisissement une vente passée par acte sous-seing privé, et dont la date est *antérieure* à l'ordonnance de se représenter. L'acquéreur pourra-t-il immédiatement entrer en possession si l'acte de vente n'a pas date certaine?

La solution de la question dépend de celle de savoir s'il faut considérer le Domaine comme un ayant cause du contumax, ce qui le forcerait à reconnaître les aliénations consenties par lui (art. 1322 C. C.), ou s'il ne doit pas être regardé plutôt comme un tiers au sens de l'art. 1328 C. C., de telle sorte qu'il pourrait contester les aliénations dont il s'agit, si elles n'ont pas date certaine antérieure au dessaisissement.

Cette dernière solution nous paraît préférable. Il n'est pas possible, en effet, de considérer le Domaine comme un ayant cause.

« L'ayant cause, dit M. Pascaud (1), est celui qui tire
« du souscripteur de l'acte la cause de son droit.....
« L'administration des Domaines puise-t-elle ses droits
« dans la personne du contumax débiteur? Évidemment
« non. Dépositaire légal des biens de l'accusé, elle les
« gère au nom de l'État, qui ne prive le contumax de
« ses ressources que pour le contraindre à obéir aux ordres de la justice. C'est malgré le contumax, c'est
« contre lui que cette mesure coercitive est prise; la loi
« seule et non sa volonté exprimée ou présumée l'a établie. On ne peut donc dire que la régie des Domaines
« tire la cause de son droit de l'accusé absent... L'admi-

1. Séquestre des biens du contumax, article déjà cité.

« nistration des Domaines n'étant pas un ayant cause est
« par là même et forcément un tiers. » (*Contra*, jugement du tribunal de Sancerre, du 5 mai 1877, cité par M. Pascaud.)

Ajoutons qu'avec l'opinion contraire, on peut aboutir à un résultat qui irait contre le but de la loi. Il serait possible, en effet, que le contumax, pour se procurer les ressources destinées à perpétuer sa rébellion, s'entende avec un ami complaisant, lequel à l'aide d'un acte de vente antidaté, viendrait demander à l'administration des Domaines de lui compter le prix de l'aliénation, pour le remettre au contumax lui-même.

Notre règle peut paraître rigoureuse. Aussi nous croyons, avec M. Nusse, n° 757, qu'elle peut et doit être tempérée par la pratique du Domaine, qui, lorsque l'aliénation lui paraîtra sincère, pourra permettre à l'acquéreur de se mettre en possession de la chose vendue, sans qu'il soit besoin que l'acte de vente ait date certaine antérieure au dessaisissement.

En tout cas, le Domaine, n'ayant pas de droit réel, n'est pas un tiers au sens de la loi du 23 mars 1855; aussi ne pourra-t-il se prévaloir du défaut de transcription.

Si la régie se trouve en face de tiers invoquant seulement un droit de jouissance, l'art. 1328 C. C. reste encore applicable. Ainsi tout bail ayant date certaine antérieure à l'apposition du séquestre s'impose à la régie : tout autre pourra être méconnu par elle.

§ 3. — Rapports du Domaine avec les créanciers munis de droits réels.

Par analogie de ce que nous avons décidé pour l'acquéreur, nous estimons que les créanciers, munis de

droits réels, n'auront, de même que ces derniers, qu'à posséder un titre ayant date certaine antérieure au dessaisissement pour pouvoir invoquer leur droit de préférence ou d'hypothèque contre le Domaine. Eux aussi pourront donc faire inscrire ou transcrire leur titre postérieurement au dessaisissement. C'est une nouvelle conséquence de la règle que nous avons posée au paragraphe précédent, et d'après laquelle le Domaine n'est pas un tiers, au sens de la loi de 1855, puisqu'il n'a pas de droit réel, et qu'il ne possède qu'un droit d'administration et de jouissance non soumis à la transcription.

§ 4. — **Rapports du Domaine avec les créanciers chirographaires du contumax.**

Deux hypothèses sont à prévoir : *a)* le contumax peut être un commerçant en état de faillite; *b)* il peut être un non-commerçant.

a) Le contumax est en faillite. — Nous sommes alors en présence de deux dessaisissements : l'un résultant de la faillite, l'autre de la contumace. Lequel cédera devant l'autre?

D'après l'opinion la plus généralement suivie, et à laquelle nous nous rangeons, ce sera la faillite qui devra l'emporter. Le dessaisissement qu'elle opère au profit des créanciers leur transmet, en effet, l'administration des biens. Dès lors, on ne comprendrait pas que cette situation fût troublée par l'intervention du Domaine et que celui-ci s'emparât des biens du failli au préjudice du droit acquis aux créanciers. Puis ne voit-on pas qu'avec le système contraire, l'intervention de l'administration deviendrait, par ses difficultés et ses lenteurs, un immense embarras dans la marche déjà si compliquée

des faillites? (Aubry et Rau, t. I, p. 343, note 3; — Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1301; — Boulay-Paty, *Des faillites*, n° 545.) Enfin, nous savons que le séquestre n'a d'autre but que de priver le contumax de ses ressources pour l'obliger à comparaître. Or, la jouissance de ses biens lui a déjà été enlevée par suite de son état de faillite. Il est donc bien vrai de dire que le séquestre n'a plus d'objet. (Nusse, nos 721 et suiv.)

La cour de Caen, par un arrêt en date du 17 janvier 1849, s'est formellement prononcée en ce sens, en déclarant que « le dessaisissement résultant de la déclaration « de faillite a pour effet de soustraire les biens du failli « aux effets de la mainmise résultant de l'ordonnance « du président, et que, si par suite d'une telle ordonnance, le Domaine a mis certains biens sous le séquestre, il est tenu de les restituer aux syndics de la « faillite qui les réclament (1). » (Dans le même sens : Toulouse, 17 janvier 1862.)

Cette opinion n'a pas été reconnue par l'administration. Deux décisions du ministre des Finances, du 14 mai 1842 et du 22 juillet 1844, ont rejeté la demande d'un syndic de faillites, qui réclamait mainlevée du séquestre. La doctrine du ministre était que la masse créancière ne souffre pas de la mainlevée opérée par la régie des Domaines, puisqu'un avis du Conseil d'État du 20 septembre 1809, sur lequel nous aurons occasion de revenir, lui permet de se faire payer par le Domaine, après vérification judiciaire des titres de créance. (En ce sens : Troyes, 4 janvier 1858, cité par le *Journ. de l'Enregistr.*, t. XLVIII, n° 13954.)

Une conciliation de ces deux systèmes a été tentée par

1. D. P. 51. 2. 105.

un jugement du tribunal civil de la Seine (Ch. du Cons. 19 nov. 1852 ; Bertin, t. I, p. 389), qui a décidé que la faillite pourrait suivre son cours avec le *consentement* du Domaine. Mais une pareille solution est inadmissible. En effet, ou bien le caractère pénal doit l'emporter sur l'intérêt de la masse, et alors il est impossible au Domaine de se dessaisir, puisqu'il remplit une mission, qui lui a été confiée dans l'intérêt de la peine et qui est indélégable ; ou bien, au contraire, le dessaisissement de la faillite l'emporte sur le séquestre, qui n'a pas d'objet tant que les créanciers ne sont pas désintéressés, et alors ceux-ci n'ont aucun consentement à demander au Domaine.

Le système mixte proposé par le tribunal de la Seine ne nous semble donc pas heureux. La seconde opinion ne nous paraît pas davantage devoir être suivie. Nous l'avons déjà dit : le but de la loi sur la contumace a été de forcer le condamné à se représenter, en le privant de la jouissance de ses biens au moyen du séquestre. Or, le séquestre n'a plus ici de raison d'être, puisque le failli contumax ne peut percevoir aucun de ses revenus. En définitive, un seul dessaisissement s'impose : le dessaisissement de faillite. Ce qui nous amène à dire que la liquidation des biens du failli doit être faite par les créanciers et non par le Domaine. Toutefois, à côté du syndic mandataire de la masse créancière, on pourrait admettre aussi le rôle accessoire de l'administration, chargée, par sa présence, d'assurer, d'une part, la répression de la rébellion, en séquestrant tout ce qui échappera aux créanciers ; de l'autre, de sauvegarder les droits particuliers du failli contumax, en assistant à toutes les opérations où il sera personnellement appelé.

Au reste, dès que les opérations de la faillite auront pris fin et que, par suite, la mission du syndic aura cessé, le séquestre s'étendra sur tous les biens qui pourront advenir, par la suite, au failli, par voie de succession. Les créanciers, n'ayant plus de syndic à qui s'adresser, devront demander leur paiement au Domaine.

b) *Le contumax est un non-commerçant.* — Comme il ne peut être question de faillite dans cette hypothèse, il n'y a pas d'autre dessaisissement que le dessaisissement pénal, lequel, à la différence de celui qui résulte de la faillite, ne rend point les créances exigibles par la déchéance du bénéfice du terme. De même encore, le dessaisissement pénal ne fait pas perdre aux créanciers le droit d'action et d'exécution individuelles, que ceux-ci ne sauraient posséder en cas de faillite. Rien de plus juste, d'ailleurs, que de laisser ici chaque créancier armé, puisque l'administrateur nommé aux biens du débiteur contumax n'a que mandat de gérer, non de réaliser l'actif.

Aucune procédure spéciale n'étant organisée pour le cas dont nous nous occupons, les créanciers qui veulent obtenir leur paiement, n'ont qu'à s'adresser au Domaine, qui les désintéresse jusqu'à concurrence des sommes encaissées. Mais la régie, pour être à l'abri de toute critique, doit prendre la précaution d'exiger la vérification des titres en justice, au moyen d'un jugement commun entre elle et le créancier (Avis du Conseil d'État du 20 novembre 1809 ; Instruction générale du 16 janvier 1810 ; Nusse, n° 733), sauf, toutefois, le cas où ces titres sont des grosses d'actes notariés ; car ces dernières sont, comme chacun le sait, assimilées aux grosses de jugement. Un arrêt de la cour de Poitiers du 18 avril 1835 (1)

1. Sir. 35. 2. 516.

a cependant décidé le contraire, en alléguant que les termes de l'avis du Conseil d'État de 1809 sont très généraux. Mais, alors, à quoi servira le jugement? (Géraud, n^{os} 2251, 2252.)

Les créanciers, outre le droit d'action, conservent, avons-nous dit, le droit d'exécution individuelle : ils peuvent donc faire pratiquer toute saisie mobilière ou immobilière (Cass., 3 niv. an XIV).

On a cependant soulevé la question de savoir si ces créanciers avaient la faculté de pratiquer une saisie-arrêt entre les mains des débiteurs du condamné, qui ne se sont pas encore acquittés entre les mains du Domaine. Certains arrêts (1) ont même décidé la négative, en s'appuyant sur des lois de l'époque intermédiaire (art. 13, titre II de la loi du 24 avril 1790 ; et art. 5 de l'arrêté du gouvernement, du 18 fructidor an VIII), d'après lesquelles il ne pouvait être fait de saisie-arrêt entre les mains des comptables et des débiteurs de l'État.

Mais cette argumentation ne saurait être admise. D'abord on peut contester la valeur légale des textes invoqués, et l'impossibilité de saisie-arrêt aux mains des débiteurs de l'État. En effet, une loi des 9-16 juillet 1836, portant règlement définitif du budget de l'exercice 1833, semble bien en admettre la validité (2). En outre, il est absolument impossible de considérer les débiteurs du contumax comme devenant débiteurs de l'État. Nous avons déjà eu occasion de combattre cette idée. Le Domaine n'est que le représentant du contumax, comme le mandataire représente le mandant, comme le tuteur re-

1. Poitiers, précité; Bordeaux, 3 fév. 1835; Géraud, n^o 2257.

2. Dalloz, *Répert.*, v^o *Trésor public*, p. 4151.

présente le pupille : les débiteurs du contumax ne deviennent pas plus les débiteurs du Domaine que les débiteurs du mandant et du pupille ne deviennent ceux du mandataire ou du tuteur. C'est ce qui a été reconnu par un grand nombre de tribunaux qui ont validé ces saisies-arrêts (Géraud, n° 2257).

L'opinion que nous soutenons a été combattue par un autre motif plus sérieux. On a objecté qu'une analyse plus attentive de la saisie-arrêt y fait découvrir une délégation judiciaire parfaite, et que, donnant en paiement au saisissant la dette du tiers-saisi vis-à-vis du saisi, elle opère deux paiements abrégés. On en conclut que la faculté de recevoir les deniers doit exister autant chez le saisi que chez le tiers-saisi. Or, dit-on, il n'en est pas ainsi dans l'espèce actuelle, puisque le saisi est un débiteur contumax qui n'a pas qualité pour recevoir le paiement. Le Domaine seul a qualité pour recevoir le paiement, en vertu de l'art. 471 du Code d'Instruction criminelle : c'est donc lui qui paiera le saisissant, et la saisie-arrêt n'aura que la valeur d'une opposition conservatoire (Nusse, n° 750; Trib. de Lyon, 4 janvier 1856, cité par Géraud, 2257).

Malgré ce qu'il y a de spécieux dans cette argumentation, nous ne voyons pas d'inconvénient à admettre la validité d'une saisie-arrêt, qui est subordonnée à l'appréciation du tribunal. Toutes les conditions exigées pour le paiement se trouvent réunies, puisque la validité de la saisie-arrêt sera appréciée en justice. Cela étant, quel intérêt y a-t-il à multiplier les démarches et à faire verser au Domaine une somme que celui-ci remettra ensuite au créancier? D'ailleurs on peut contester le point de départ même de l'opinion que nous discutons : pour quoi supposer, en effet, que le paiement est censé fait

entre les mains du contumax, et non entre celles du Domaine ? La délégation judiciaire parfaite que nous avons trouvée au fond de cette saisie-arrêt, peut très bien se concevoir entre le Domaine et le tiers saisissant. Celui-ci doit être considéré comme ayant fait opposition au paiement entre les mains du Domaine, représentant du contumax : si le juge valide sa saisie-arrêt, ce sera donc le Domaine qui sera censé lui avoir fait ce paiement.

Nous avons bien entendu supposé qu'il n'y a qu'un seul créancier agissant ; s'il y en a plusieurs, la répartition devra se faire d'après les règles de la contribution (C. Pr. c.). Et si les créanciers ne sont pas d'accord pour faire cette répartition, la somme devra être déposée à la Caisse des dépôts et consignations (art. 696).

Ainsi les créanciers chirographaires peuvent faire toutes les saisies nécessaires à la défense de leurs droits. Mais de même que pour les aliénations consenties par le contumax et pour les mêmes raisons, il est absolument indispensable que leur titre ait date certaine antérieure au dessaisissement. De même encore, le Domaine pourra, s'il est convaincu que la créance invoquée, bien que dénuée de date certaine, est antérieure au dessaisissement et sincère, ne pas conclure à l'application de l'art. 1328.

§ 5. — Rapports du Domaine avec les communistes ou coassociés du contumax.

Le contumax pouvait se trouver dans des rapports d'indivision ou de société avec des tiers : il s'agit de savoir si le Domaine peut le remplacer dans ces rapports.

D'abord il est bien certain que l'indivision subsiste. Le séquestre frappe même, en raison de cet état, la part

des coïndivisaires du contumax, jusqu'à ce que l'effet déclaratif du partage soit venu effacer rétroactivement la mainmise du Domaine, quant aux lots de ces derniers. Aussi, pour les prévenir de la situation qui leur est faite, la régie prend-elle la précaution de signifier le séquestre aux communistes. Il ne faut pas en conclure toutefois que le Domaine exerce son droit de gestion sur la chose indivise à l'exclusion de ces derniers. En pratique, il procède conjointement avec les copropriétaires à un bail administratif par voie d'adjudication, ou même leur donne le choix de déclarer la part de revenus afférents au contumax, en s'engageant à la verser annuellement dans la caisse du receveur. Mais les communistes ne sont pas forcés d'accepter cette manière d'agir, et peuvent s'adresser à la justice pour régler la situation du bien (Nusse, n° 278).

La plupart du temps pour éviter ces démêlés avec le Domaine, les communistes se seront hâtés de faire un partage entre eux et le condamné. On peut se demander quelle est la valeur de ce partage à l'égard de l'administration. Rappelons brièvement l'explication généralement admise de l'art. 882 : la loi ne permet aux créanciers d'attaquer un partage que s'il a été fait au mépris d'une opposition par eux formée. Mais alors même qu'ils n'auraient pas fait opposition, on s'accorde à leur reconnaître le droit d'attaquer un partage qui aurait été le résultat d'un concert frauduleux entre tous les héritiers. En second lieu, la jurisprudence autorise les créanciers, même quand ils n'ont pas fait opposition, à attaquer le partage comme purement simulé. (Aubry et Rau, t. VI, p. 695.) Si nous appliquons ces deux règles au Domaine, qui doit être traité ici comme un créancier, et qui, par suite, est tenu de notifier le séquestre aux copartageants,

il faudra décider que le partage dont il s'agit est absolument inattaquable s'il a été fait avant cette notification, à moins qu'il n'ait été le résultat d'un concert frauduleux ou d'une simulation entre tous les copartageants.

Les communistes ne peuvent donc faire le partage avec le contumax à partir de cette notification du séquestre. Ils ne pourraient faire avec lui qu'un partage de nues propriétés, sauf au Domaine à encaisser les soultes actives, s'il y en a, tandis qu'il n'est pas tenu de payer les soultes dues aux copartageants du contumax. Mais cette observation n'a pas d'intérêt. En réalité, c'est entre le Domaine et les communistes que se fera toujours le partage, parce que ce sera la seule manière d'arriver à un partage définitif et complet.

D'abord, il est hors de doute que les communistes peuvent intenter l'action en partage contre le Domaine : celui-ci ne pourra pas s'y opposer, et même il n'aura besoin d'aucune autorisation spéciale pour y défendre, puisqu'ils ne peuvent être tenus de rester dans l'indivision.

Mais ce qui peut paraître douteux, c'est de savoir si l'action en partage pourra être exercée par le Domaine. Il paraît qu'en pratique le Domaine s'abstient d'intenter cette action : cependant le partage peut avoir un réel intérêt, et il importe d'avoir sur ce point une solution théorique. Nous avons déjà rencontré cette question à propos des successions qui peuvent advenir au contumax, et nous avons décidé que le Domaine ne peut en provoquer le partage qu'avec un supplément d'autorisation de justice. Cette règle nous paraît bonne à suivre pour tout partage ; en effet, un partage est un acte qui dépasse les limites d'une administration même libre. Il est vrai que lorsqu'il y a deux cohéritiers absents, l'art.

817 du Code civil permet aux parents envoyés en possession de demander le partage ; et l'on pourrait être tenté d'appliquer ici la même règle, en se fondant sur les termes de l'art. 471 du Code d'Instruction criminelle, d'après lesquels les biens du contumax doivent être régis comme biens d'absent. Mais nous avons repoussé cette assimilation, parce que le Domaine n'est pas un envoyé : sans doute, la loi lui donne les droits d'administration qui appartiennent à l'envoyé, mais, dans le silence des textes, il ne faut pas lui attribuer les pouvoirs qui dépassent les limites de l'administration. Ceci admis, comme il peut y avoir intérêt à provoquer le partage, le Domaine n'aura qu'à s'adresser à la justice pour se faire autoriser.

Au premier rang des causes d'indivision figure la *société*. La contumace n'est pas, par elle-même, une cause de dissolution de la société. Mais on considère généralement que le contumax, se trouvant dans l'impossibilité d'exercer ses devoirs d'associé, tombe sous le coup de l'art. 1871 du Code civil. C'est à ses coassociés à apprécier s'il leur convient de demander la dissolution de la société : ils pourront alléguer que leur associé manque à ses engagements. La contumace sera alors considérée comme une de ces causes dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'appréciation des juges. (De Moly, *Abs.*, n° 735 ; Demolombe, *Abs.*, n° 144.)

Mais si les associés optent pour la continuation de la société, le séquestre qui frappe l'actif personnel du contumax ne s'étend pas à l'actif social. Ce qui peut être délicat, c'est l'exercice de certains droits qui pouvaient appartenir à l'associé contumax dans la société : par exemple, la faculté de signer sous la raison sociale et la charge de tenir les livres et la caisse. Le tribunal de la

Seine a décidé qu'il fallait nommer pour exercer ces droits un séquestre judiciaire (Seine, 26 septembre 1874 et 6 août 1875; Nusse, n° 841).

Une indivision qui subsistera malgré la contumace est celle qui résulte de l'association conjugale. Pas plus que pour la société, la contumace n'est une cause de dissolution de la communauté. Nous avons déjà relevé ce qu'il y a de fâcheux dans cette situation, qui met la femme dans cette alternative déplorable : ou bien de demander une séparation de corps ou un divorce, chose qui répugne peut-être à sa conscience, ou de subir le séquestre de ses biens par l'administration du Domaine. Car elle ne serait autorisée à demander la séparation de biens principale que si sa dot était en péril. Bien que ces principes soient incontestables, néanmoins, la conséquence qu'on en tire n'est pas admise par certains auteurs qui, raisonnant surtout d'après l'équité, allèguent qu'il y aurait injustice à refuser la séparation de biens. (Rod. et Pont, *Cont. de mar.*, n° 802; Dalloz, *Rép.*, v° *Contrat de mar.*, n° 1664.)

Si la femme demande la séparation de biens, elle doit évidemment diriger son action contre le Domaine, détenteur des biens communs. Mais on se demande si elle ne doit pas aussi la former contre le mari contumax. En effet, dans l'association conjugale, la considération de la personne doit être regardée comme déterminante : il faut donc que le contumax soit mis personnellement en cause. La jurisprudence décide qu'il sera représenté par un curateur, lequel se chargera de ses intérêts (Seine, 2^e ch., 12 mai 1874; Droit du 29 août 1874. — *Contrà*, Nusse, n° 840.)

Dans le cas où il y aurait lieu à une liquidation de société ou d'association conjugale, il faudrait appliquer,

comme nous l'avons dit à propos du partage des successions, la règle de l'art. 413 du Code civil, d'après laquelle l'absent doit être représenté par un notaire dans les comptes, liquidations, partages. C'est ce qui a été décidé par un jugement du tribunal de la Seine, du 19 novembre 1852 (Bertin, t. I, n° 389).

§ 6. — Rapports du Domaine avec les parents du contumax.

Nous avons vu les règles de l'administration du séquestre; nous avons étudié les rapports du Domaine avec les tiers, dont les intérêts sont engagés avec ceux du contumax. Mais, parmi ces tiers, ceux qui lui touchent de plus près sont ses parents, que nous avons pourtant laissés de côté jusqu'à présent. Rien n'est plus critiquable que la situation faite par la loi à la famille du contumax : elle se trouve obligée de subir comme lui-même la dure loi du séquestre, contrairement au principe de la personnalité des peines. Il est à regretter que le souci de la répression n'ait pas été tempérée chez le législateur par le souci des intérêts de la famille. Tel qu'il a été introduit dans nos lois, le séquestre rappelle encore beaucoup trop à cet égard la confiscation qui frappait les biens du condamné sans s'occuper de ses parents. Le législateur aurait pu au moins permettre à la femme d'obtenir la séparation de biens, par suite de la condamnation par contumace, ainsi que cela avait été proposé au Corps législatif.

La loi s'est bien rendu compte de la situation déplorable qui allait être faite à la famille; mais elle s'est contentée de permettre à l'autorité administrative d'accorder des secours aux parents (art. 475 C. I. C.). En d'autres termes, au lieu d'un *droit* consacré et fixé par

la loi, c'est une *faveur* qui est laissée à l'appréciation de l'administration.

Il faut bien remarquer l'énumération des personnes dans la loi : il peut être, dit-elle, accordé des secours à la femme et aux enfants, au père et à la mère de l'accusé, s'ils sont dans le besoin. La loi ne mentionne pas le mari : on peut, jusqu'à un certain point, s'expliquer cette omission, ainsi que nous avons eu occasion de le dire, par ce fait que le séquestre ne pouvant pas atteindre les biens de la femme contumax dont le mari a l'administration et la jouissance, celui-ci n'aura pas sa situation aggravée par la contumace de la femme. On peut ajouter que même sous la séparation de biens, le mari percevrait toujours la contribution conventionnelle ou légale de la femme (art. 1537), avec cette seule différence qu'il la réclamerait au Domaine.

Mais, bien que cette observation soit juste, il vaut mieux décider que l'énumération de la loi n'est pas limitative : car il y a d'autres parents auxquels le Code civil accorde des créances alimentaires (art. 205 C. C. et 206). Il y a aussi le donateur (art. 955). Faut-il dire que ces personnes n'ont pas le droit de demander des secours au Domaine ? Il serait singulier que l'état de contumace eût pour effet d'exonérer le condamné de ses obligations. Non : il y a deux situations à considérer : le droit aux aliments reconnu par les art. 205 et suivants et 955 du Code civil est une *créance*, en vertu de laquelle ces personnes pourront agir devant les tribunaux. Au contraire, dans l'espèce de l'art. 475 du Code d'Instruction criminelle, ce n'est pas une créance ; ce sont des secours accordés à *titre gracieux*, par faveur exceptionnelle pour certains parents. Donc, dans tous les cas où ceux-ci ne seraient pas d'accord avec le Domaine pour

le règlement à l'amiable, ils peuvent toujours s'adresser aux tribunaux, suivant les règles du Code civil. Et, à l'inverse, les personnes qui ne sont pas comprises dans l'énumération de l'art. 475 n'ont en principe d'autre moyen d'action que leur créance : mais si elles tombent d'accord avec le Domaine, il n'y a aucune nécessité de les contraindre à un procès inutile.

Avant de terminer ce que nous avons à dire du séquestre, nous devons signaler une exception aux règles générales admises en cette matière.

L'art. 178 du Code de Justice militaire pour l'armée de terre et l'art. 230 pour l'armée de mer ont déclaré applicables aux jugements par contumace rendus par les conseils de guerre les art. 471, 474, 475, 476, 477 et 478 du Code d'Instruction criminelle. Conformément à la disposition de l'art. 471 de ce dernier Code, les biens des condamnés contumax doivent donc être à partir *de l'exécution du jugement du conseil de guerre*, placés sous le séquestre du Domaine et régis par lui comme biens d'absent. Un arrêt fait application de cette règle en décidant que « la clause du cahier des charges dressé pour parvenir à la licitation d'immeubles indivis entre un contumax condamné par un conseil de guerre et un tiers, « portant que les intérêts du prix de la licitation seront « payés en l'étude d'un notaire, à supposer qu'elle ait pu « être valablement stipulée et acceptée, est devenue « lettre morte à la date de la signification du jugement « de condamnation, l'administration des Domaines s'étant trouvée investie dès ce jour-là du séquestre des « biens du contumax, et qu'en conséquence l'acquéreur « n'a pu se libérer valablement, en d'autres mains que

« celles de l'administration des Domaines, des intérêts
« de son prix échus postérieurement » (Bourges, 23 mars
1875) (1).

Mais les Codes de Justice militaire n'ont pas rappelé les prescriptions finales des art. 466 et 472 C. I. C. aux termes desquels il doit être fait au directeur des Domaines, pour l'apposition du séquestre, de l'ordonnance de contumace et d'un extrait du jugement de condamnation. Ils ne renvoient pas non plus à l'art. 465 et ils observent un silence absolu sur la mise en séquestre pendant l'instruction.

On en conclut généralement que les biens des militaires contumax ne sont pas soumis au séquestre pendant l'instruction et que la condamnation seule donne naissance à cette mesure.

Il est impossible, en effet, qu'une déchéance aussi considérable puisse se produire sans un texte positif (Nusse, n° 571). Toutefois cette solution n'est pas admise par la pratique administrative (Géraud, n° 2231), qui s'appuie principalement sur une circulaire du minisire de la Guerre du 13 janvier 1864 et sur une autre du ministre de la Marine du 14 mai 1864, prescrivant aux commissaires du gouvernement l'envoi d'extraits d'ordonnance conformément au droit commun, et ordonnant [aux préposés de l'Enregistrement de donner à ces extraits les mêmes suites qu'au cas de contumace ordinaire.

CHAPITRE IV

Cessation de l'état de contumace.

SECTION PREMIÈRE

DES CAUSES QUI METTENT FIN A LA CONTUMACE

L'état de contumace peut prendre fin par suite de divers événements, qui n'exercent pas tous la même influence sur la condition du contumax.

§ 1. — Revision de l'arrêt.

Ce mode de restitution légale doit produire les mêmes effets que si la condamnation était contradictoire. Seulement on ne peut le demander que lorsqu'il n'y a plus aucun autre moyen de faire tomber le jugement. La revision sera donc impossible, tant que l'on se trouvera dans le délai de vingt années accordé pour purger la contumace, car, jusqu'à cette époque, pour anéantir la condamnation, il suffit à l'accusé de se représenter.

§ 2. — Prescription de la peine.

Le contumax qui est resté vingt ans sans comparaître est libéré par la prescription de la peine. Les condamna-

tions corporelles et pécuniaires ne sont plus susceptibles d'être exécutées ; le séquestre cesse, l'administration rend ses comptes au contumax qui peut reparaître sans crainte dans la société ; de même encore, l'incapacité pour le mari d'autoriser sa femme est bien certainement effacée. Enfin la prohibition d'agir en justice cesse aussi complètement avec l'état de contumace, dont elle était une conséquence, ainsi que le séquestre. Mais la libération du condamné est ici moins complète que dans les cas suivants, car elle rend *irrévocables* les déchéances qui sont la conséquence de la condamnation. C'est ainsi que la dégradation civique, dont le contumax a été frappé du jour de l'exécution par effigie, est encourue par lui d'une façon définitive ; que l'incapacité de disposer et de recevoir, dont il a été atteint cinq ans après l'exécution par effigie, continue toujours à s'appliquer ; que, de l'aveu de tous, son conjoint peut faire prononcer la séparation de corps ou le divorce.

Enfin aux termes de l'art. 635 C. I. C. le condamné contumax, qui a prescrit sa peine, ne peut résider dans le département où demeureraient soit celui sur lequel ou contre la propriété duquel le crime aurait été commis, soit ses héritiers directs. Le gouvernement peut même assigner au condamné le lieu de son domicile. Mais celui-ci ne serait pas obligé de changer de résidence, si la victime ou ses héritiers directs venaient demeurer dans le lieu où il se serait fixé lui-même, soit volontairement, soit sur l'ordre de l'administration, en conformité de l'art. 635. Ce point a été reconnu dans les Travaux préparatoires.

§ 3. — Décès du contumax.

Si le contumax vient à mourir pendant le délai de la prescription, son décès, de même que la prescription, a pour effet de rendre la condamnation irrévocable. Par suite, ses héritiers pourront demander la mainlevée du séquestre en prouvant son décès et leur vocation héréditaire, et provoquer leur envoi en possession des biens, sans avoir besoin de recourir à une décision judiciaire rapportant la condamnation prononcée contre le défunt (Inst. gén. du 23 décembre 1877). Afin d'éviter les fraudes de la famille, pour recueillir la fortune du contumax, une décision du garde des sceaux du 3 janvier 1809 prescrit à l'administration, en cas de doute, de communiquer les pièces constatant le décès au procureur général près la cour qui a condamné le contumax. Il peut se faire que ce magistrat veuille se pourvoir contre ces actes.

Les héritiers recueillant l'actif de la succession devront aussi contribuer aux dettes et payer notamment à la régie les frais du jugement, et par ces mots, il faut entendre non seulement les *frais de contumace* qui sont dus dans tous les cas à l'État, mais les *frais ordinaires*, résultant de toute procédure criminelle, et qui ne sont dus par l'accusé que quand sa condamnation est définitive.

Nous avons vu que si le contumax décède dans les cinq ans, il n'aura pas encouru l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit. Décédé après ce délai, toutes les libéralités qu'il aura faites ou qu'il aura reçues depuis ce moment seront nulles.

Faut-il assimiler au décès du contumax *sa déclara-*

tion d'absence ? La solution de cette question est assez délicate. Il nous paraît incontestable que les héritiers du condamné ont le droit de provoquer le jugement de déclaration d'absence nonobstant l'état de contumace, car aucun texte ne limite ce droit dans notre hypothèse (art. 115 et suiv. C. C.). L'envoi en possession provisoire est la conséquence normale des biens de l'absent. Il peut donc arriver que les héritiers poursuivent la déclaration d'absence dans le but de dessaisir l'administration des domaines. Lorsque la régie est appelée en cause en pareille circonstance, elle ne conteste pas, en principe, le droit des héritiers, et si le tribunal accorde l'envoi en possession, elle ne se refuse pas à la reddition du compte ; elle se borne à veiller à ce que les héritiers remplissent les obligations édictées par l'art. 120 du Code civil. Ce système a pour lui un avis du Conseil d'État des 19 août, 20 septembre 1809 ; mais il est assez vivement critiqué par certains commentateurs. On invoque la collusion possible des héritiers avec le condamné. On argumente aussi du texte de l'art. 471 du Code d'Instruction criminelle. Mais ces arguments sont loin d'être topiques. La possibilité d'une fraude peut-elle priver d'un droit les héritiers du contumax ? Ceux-ci doivent-ils souffrir de la condamnation prononcée contre leur auteur ? Et s'il y a une fraude, n'appartient-il pas au ministère public de la déjouer en démontrant qu'il n'y a pas lieu à déclarer l'absence, parce que l'existence du contumax n'est pas incertaine ? Quant à l'art. 471, il ne prévoit pas plus le cas de mort que le cas d'absence ; il faut donc reconnaître qu'il est étranger aux circonstances exceptionnelles dans lesquelles le séquestre prend fin avant l'expiration des vingt années.

§ 4. — Comparution volontaire ou forcée du contumax avant la prescription.

Les effets de la contumace ne peuvent être et ne sont que provisoires. Que le contumax vienne de lui-même et spontanément réclamer un nouveau jugement ou qu'il soit arrêté par les agents de la force publique, les conséquences seront les mêmes dans les deux cas : l'arrêt qui l'avait condamné est de plein droit anéanti, et toutes les conséquences, toutes les traces de la première condamnation sont effacées (art. 476 C. I. C.). Celle-ci, avons nous dit, était rendue sous une condition résolutoire, et la condition s'est accomplie. Le contumax n'est plus un condamné, mais un accusé ordinaire ; il reprend la plénitude de ses droits. Décider autrement c'eût été entraver sa défense. Il est poursuivi pour un crime. Il importe qu'il ait la liberté de repousser cette accusation par tous les moyens, et qu'il ne vienne pas devant ses juges sous le coup d'une première condamnation subsistant encore à certains égards.

Cependant ce système n'est pas universellement admis. Les auteurs s'accordent bien à reconnaître que lorsque le jugement par contumace a prononcé seulement une peine temporaire, la comparution efface toutes les déchéances qui résultaient de la condamnation. Mais si la peine était perpétuelle, beaucoup de jurisconsultes pensent qu'après l'expiration du terme de grâce de cinq années, la représentation du contumax ne peut avoir pour effet de valider les libéralités qu'il a consenties ou qu'on lui a faites, ni de rendre la vie à son testament. Nous avons déjà eu l'occasion de réfuter cette opinion. Pour nous, la prohibition de disposer et de recevoir disparaît

rétroactivement avec le jugement de contumace, quand le condamné reparaît dans les vingt ans. De même, le contumax recouvre le droit d'exercer des actions judiciaires, et le séquestre de l'administration des Domaines tombe de plein droit. Enfin il en est ainsi de la dégradation civique encourue depuis l'exécution par effigie. Il faut seulement observer que la restitution des droits du condamné n'est encore que précaire, et que cet effet de la comparution est indépendant des suites de la procédure contradictoire qui va être engagée contre le contumax de retour, c'est-à-dire que s'il est condamné de nouveau, soit à une peine criminelle, soit à une peine correctionnelle, ce seront les déchéances propres à chacune de ces peines qui remplaceront celles de la contumace, ou qui viendront les confirmer en partie. Dans l'intervalle de la comparution à la condamnation, la capacité du contumax reste donc entière, sauf la suspension des droits politiques, résultant de l'état d'accusation, en vertu de l'art. 5 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

Les auteurs ont rarement examiné ce que deviennent les effets de la dégradation civique produits dans le passé (1). Nous avons dit que, d'après notre opinion, la révocation résultant de la comparution du contumax ne peut en aucune façon les atteindre. Qu'il en soit ainsi des droits de vote qui n'ont pu être exercés, des fonctions qui ont été enlevées, etc..., c'est ce que personne ne conteste, car il y a là des faits accomplis sur lesquels il est évident que rien ne peut réagir. Le contumax a-t-il dû être éliminé comme tuteur, subrogé-tuteur, etc., ou membre d'un conseil de famille? Il est non moins certain que les actes faits par le tuteur nommé à sa place

1. Comp. Ortolan, t. II, p. 600, édition Desjardins.

ou la composition du conseil de famille ne sauraient être critiqués, parce que l'arrêt contradictoire aurait déchargé le contumax de la dégradation civique : la rétroactivité de cette décision ne peut nuire au pupille ou aux tiers. Bien plus, nous ne pensons pas que le contumax acquitté ou absous soit fondé à revendiquer d'une façon absolue, pour l'avenir, les fonctions de tuteur dont il était antérieurement privé. En effet, lorsqu'il s'agit d'une excuse temporaire, la loi laisse au conseil de famille le droit de maintenir en fonction le tuteur choisi (art. 434 C. C.); comment un tuteur indigne aurait-il plus de droits qu'un tuteur excusé? Nous ne voyons, à la rigueur, que la qualité de témoin idoine dans les actes authentiques qui puisse être rétroactivement restituée. Mais l'hypothèse est pour ainsi dire théorique. Comment supposer qu'un contumax aurait été appelé à servir de témoin? Si ce fait venait à se produire, ce serait probablement dans un des cas où l'on pourrait invoquer l'erreur commune et alors le résultat de l'arrêt contradictoire serait sans intérêt.

On peut se demander à partir de quel acte remonte, en cas d'arrestation ou de comparution volontaire du condamné par contumace, l'effet d'extinction résultant de l'art. 476 C. I. C. L'annulation remonte-t-elle jusqu'à l'ordonnance de prise de corps ou simplement jusqu'à l'ordonnance de se représenter qui constitue l'accusé en état de contumace? La loi nous indique, ce qui est contradictoire, à la fois l'une et l'autre date, comme point de départ de l'annulation. L'art. 476 nous dit, en effet, que les procédures faites contre le contumax, *depuis l'ordonnance de prise de corps ou de se représenter*, seront anéanties ainsi que le jugement. La jurisprudence expli-

quant l'art. 476 par cette règle que l'ordonnance de se représenter doit faire mention de l'ordonnance de prise de corps (art. 465 C. I. C.), décide que l'annulation ne remonte que jusqu'à *l'ordonnance de se représenter*, et que les actes antérieurs, notamment la notification de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, demeurent valables. « On ne concevrait pas, dit M. Garraud (1), que « la représentation du condamné pût rétroagir sur des « actes faits avant qu'il ne fût légalement contumax. » (En ce sens, Nouguier, tome II, n^{os} 766 et 767; Cass. 20 juin 1812; 8 juill. 1813; 5 fév. 1819; 23 mars 1820; 7 fév. 1839; 22 déc. 1853.) Du principe que l'arrestation ou la comparution volontaire du condamné par contumace n'annule que les procédures postérieures à l'ordonnance de se représenter, il suit que, s'il avait reçu, avant cette ordonnance, la notification de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, il ne serait pas nécessaire de réitérer cette notification (Cass., 7 janv. 1841; 18 avr. 1850 (2); 41 sept. 1851) (3).

Mais l'annulation du procès antérieur se produira-t-elle toujours? — Il ne faut pas que la peine soit prescrite, ainsi que nous l'avons déjà dit. La loi, dans ce cas, veut que le crime soit mis en oubli, et il n'est pas plus permis au contumax de faire annuler le jugement qui l'a condamné, qu'au ministère public d'en poursuivre l'exécution. Mais la prescription, qui libère de la peine matérielle, confirme, au contraire, pour jamais, comme nous l'avons vu, les autres conséquences de la condamnation. Au reste, le contumax ne peut prescrire sa libération, que

1. *Précis de criminel*, p. 706, n^o 629.

2. D. P. 50. 5. 94.

3. D. P. 51. 5. 323.

par les délais fixés pour la prescription de la peine, à laquelle il a été condamné par contumace. Ainsi, un individu est condamné par contumace pour un crime dont la peine se prescrit par vingt ans. Onze ans après cette condamnation, il est arrêté, jugé de nouveau, et la cour d'assises le reconnaît coupable du même crime : le condamné ne pourra être affranchi de la peine qu'il aura encourue, sous prétexte que l'action publique en matière criminelle se prescrit par dix ans. L'art. 635 C. I. C. déclare, en effet, d'une façon formelle et sans distinguer entre les arrêts contradictoires et les arrêts par contumace, que les peines portées par les arrêts ou jugements rendus en matière criminelle doivent se prescrire par vingt années révolues, à compter de leur date. Il est donc bien vrai de dire que le condamné qui est saisi onze ans seulement après la condamnation, n'a pas prescrit la peine prononcée contre lui et ne peut dès lors invoquer l'art. 476 du Code d'Instruction criminelle, suivant lequel le contumax dont la peine est prescrite, ne doit pas être soumis à un nouveau jugement (Cass. 6 mars 1835; 23 juin 1840; 1^{er} avril 1858 (1); 5 déc. 1861 (2); 17 avril 1863 (3); 6 août 1891 (4); Mangin, *Act. pub.*, t. II, n° 340; Morin, *Rép.*, v° *Contumax*, n° 114; Nouguier, t. IV, n° 3643; Trébutien, t. II, n° 651; Le Sellyer, *Traité des act. pub. et priv.*, t. II, n° 534).

La prescription de la peine se substitue donc, à partir de l'arrêt de condamnation par contumace, à celle de l'action publique; le condamné par contumace ne pourrait même invoquer cette dernière prescription, alors

1. D. P. 58. 5. 104.

2. D. P. 62. 1. 399.

3. D. P. 63. 1. 389.

4. Sir. 91. 1. 432.

qu'il contesterait la régularité soit des formes de l'arrêt de condamnation, soit des formes des actes qui l'ont suivi. (Arrêts des 1^{er} avril 1858, 5 déc. 1861 et 17 avril 1863, cités *supra*.)

Toutefois, quant à l'irrégularité concernant l'ordonnance de prise de corps ou de se représenter, elle peut évidemment, l'art. 463 C. I. C. le reconnaît d'une manière implicite, être invoquée par le condamné pour faire écarter complètement la condamnation par contumace, et arriver par là à revendiquer le bénéfice de la prescription de l'action publique.

Supposons maintenant que le fait incriminé n'ait plus, après la décision du jury, que le caractère d'un délit. Le nouvel arrêt possède, quant à la qualification du fait incriminé et à la prescription de la peine, un effet rétroactif au jour où la condamnation par contumace a été prononcée. Il suit de là que, si après avoir été condamné à une peine afflictive et infamante, l'accusé n'est condamné contradictoirement qu'à une peine correctionnelle, cette peine se prescrit par cinq ans à partir de l'arrêt par contumace. Aucune peine ne peut donc plus être prononcée, si la durée de cette prescription se trouve accomplie au jour du jugement. (Cass. 9 févr. 1854; (1) 1^{er} mars 1855 (2); 11 janv. 1861 (3); 21 juin 1871 (4); — Faustin-Hélie, t. VIII, n° 4408; Le Sellyer, *op. cit.*, t. II, n° 543.)

Ainsi, tant que la peine ne sera pas prescrite, la condamnation du contumax sera annulée par sa comparution, et cela, qu'il le veuille ou non. On n'aurait donc

1. D. P. 54. 1. 83.

2. D. P. 55. 1. 192.

3. D. P. 61. 5. 371.

4. D. P. 71. 5. 101.

pas égard à l'acquiescement que l'accusé pourrait donner au jugement rendu sur sa contumace. Il s'agit, en effet, ici d'une règle d'ordre public. (Legraverend, t. II, p. 592; — Le Sellyer, *op. cit.*, n° 687; — Nouguiet, t. II, n° 65; — Faustin-Hélie, t. II, n° 996.) Il a été jugé, en ce sens, que le contumax, condamné comme n'étant coupable que d'un simple délit, ne peut pas acquiescer à cette condamnation pour éviter d'être jugé de nouveau sur toute l'accusation. (Cass., 29 juillet 1813.) Une autre application de la règle, qui refuse tout effet à l'acquiescement du condamné, a été faite par la cour de Colmar par un arrêt en date du 27 avril 1858 (1). Condamné à la déportation par la Haute-Cour, le contumax était rentré en France au bout de quatre ans et s'était mis à la disposition de la justice; mais le gouvernement l'avait dispensé de se constituer prisonnier et, plus tard, sans nouveau jugement, l'avait, sur sa demande, gracié de sa peine. Néanmoins, le Domaine réclama les frais du procès au contumax, en se fondant sur ce que les lettres de grâce faisaient remise seulement de la peine et non des dépens. La cour a jugé que l'arrêt de contumace, anéanti de plein droit par la représentation du condamné, n'avait pu revivre par aucun acte postérieur, fût-ce par l'acquiescement du condamné, et que le Domaine ne pouvait argumenter des lettres de grâce sollicitées et obtenues par celui-ci. (Dalloz, *Rép. cont.*, n° 109.)

Mais la comparution du contumax ne saurait donner lieu à l'application de l'art. 476 C. I. C., que si elle est sérieuse et aboutit à un jugement contradictoire. Si elle était suivie, par exemple, d'une évasion immédiate, il

1. D. P. 58, 2, 179.

est bien évident que l'état de contumace et avec lui le séquestre se perpétueraient. La loi, en effet, n'annule le jugement rendu contre l'accusé fugitif, que sous condition qu'il sera jugé de nouveau en la forme ordinaire; or, il est indispensable, pour l'accomplissement de cette condition résolutoire, que le contumax se soit mis en état. (Legraverend, t. II, p. 595; — Marcadé, *Dr. civil français*, t. I, p. 152.)

Parmi les causes de comparution forcée qui amènent la résolution de la condamnation par contumace doit figurer l'extradition. Le gouvernement l'obtiendra même souvent, à moins qu'on ne puisse connaître le lieu de refuge du condamné, ou qu'il n'y ait pas de traité conclu avec le pays où il s'est réfugié, ou, enfin, que l'extradition ne puisse pas être accordée, par exemple si le contumax est accusé de crime politique. Seulement l'extradition n'aura de valeur que pour le fait précis qui en a fait l'objet. Les lois relatives à cette partie du droit criminel ont formellement ou implicitement consacré la règle, d'après laquelle l'accusé extradé pour une infraction ne peut pas être poursuivi pour les infractions qui auront été réservées. Dès lors, le contumax extradé sera jugé contradictoirement sur l'accusation qui a fait l'objet de l'extradition, mais sera jugé par contumace en ce qui concerne les infractions pour lesquelles son extradition n'aura pas été accordée. Cette idée est parfaitement exprimée par un arrêt de la cour de Paris, du 24 mai 1867 : « L'extradition n'ayant été accordée que pour le crime « de banqueroute frauduleuse, l'inculpé ne peut être « jugé, dit l'arrêt, sur les délits d'escroquerie et d'abus « de confiance qui lui seront reprochés, sauf à procéder « contre lui par défaut ou autrement, s'il y a lieu. » (Billot, *Extrad.*, p. 315.) Mais si cette division est facile

théoriquement, il arrivera souvent, dans la pratique, que la connexité sera telle qu'il sera impossible de ne pas tenir compte de l'infraction réservée et de diviser la procédure. Il faudra cependant éviter avec soin toute confusion. Le plus souvent, ces difficultés seront résolues par la négociation diplomatique; il arrivera, par exemple, que le gouvernement requis, se rendant compte de l'impossibilité de scinder la procédure, ne maintiendra pas ses réserves, ou que le gouvernement requérant, ne pouvant faire tomber ces réserves, ne maintiendra pas sa demande d'extradition.

De même, le jugement rendu sur contumace contre plusieurs individus, ne sera point annulé, dans l'intérêt de tous, par l'arrestation de quelques-uns. Il continuera de subsister contre ceux des coaccusés qui ne seront point venus purger leur contumace; l'art. 476 n'anéantit, en effet, la condamnation par contumace qu'en faveur de ceux qui se constituent prisonniers ou qui sont arrêtés (Cass., 9 vend. an X). M. Dalloz (*Répert.*, v^o *Cont.*, n^o 97) fait remarquer avec raison que l'application de cette disposition peut conduire à d'étranges conséquences. Si, par exemple, l'un des contumax a été condamné comme auteur principal, l'autre comme complice, et qu'il soit déclaré, par l'arrêt contradictoire rendu sur la défense de l'accusé principal, que le fait incriminé ne présente ni crime ni délit, il y aura une injustice évidente à laisser le prétendu complice dans les liens de la condamnation prononcée contre lui. Mais, ajoute M. Dalloz, cette conséquence rigoureuse a un contre-poids dans la faculté qui appartient au condamné de faire évanouir le jugement en se présentant.

Il peut se faire que, l'accusation portant sur un ou plusieurs crimes distincts, l'accusé ait été acquitté à raison

des uns et condamné à raison des autres. Quel sera dans ce cas le sort de l'arrêt, si le contumax vient à se représenter? Nous avons décidé qu'en cas d'acquittement, l'art. 476 est inapplicable et que l'arrêt de contumace acquiert force de chose définitivement jugée. Nous dirons donc encore dans cette hypothèse, qu'il ne sera possible de procéder contre le contumax que relativement aux crimes qui ont motivé la condamnation intervenue, et que le bénéfice de l'acquittement lui demeurera assuré à l'égard des autres. On ne comprendrait pas que le contumax dût souffrir de ce que, au lieu d'être jugé sur chaque crime séparément, il a été jugé sur tous en même temps (Mangin, *Act. pub.*, t. t. II, n° 396 ; Le Sellyer, n° 685, note 3 ; Faustin-Hélie, t. IV, n° 994 et t. VIII, n° 3877).

La question est plus difficile à résoudre, lorsque l'arrêt rendu par contumace s'est borné à écarter une ou plusieurs des circonstances aggravantes, en déclarant seulement l'accusé coupable du fait principal. On peut considérer, en effet, cet arrêt comme nécessairement indivisible, relativement au même fait ; de plus l'art. 476 C. I. C. ne déclare-t-il pas le jugement anéanti *d'une manière absolue*, en cas d'arrestation ou de représentation du contumax ? Aussi la Cour de cassation, se basant sur ces deux motifs, a-t-elle jugé le 27 août 1819 (1), que l'accusation revit entière par l'arrestation ou la comparution. (En ce sens Merlin, *Répert.*, v° *Cont.*, § 3, p. 760 et 761 ; Morin, *Répert.*, v° *Chose jugée*, n° 24 ; Le Sellyer, *Act. pub.*, t. II, n° 686.) Nous préférons adopter un système mixte proposé par M. Faustin-Hélie (2). D'après ce savant crimina-

1. *Bull. crim.*, n° 95.

2. Tome II, n° 995.

liste, il faudrait distinguer entre le cas où les circonstances, objet de la déclaration négative, peuvent être séparées de l'accusation principale, et le cas contraire. Dans le premier cas, la déclaration négative doit être maintenue quant à ces circonstances, parce qu'elle constitue un acquittement partiel, et doit, dès lors, profiter à l'accusé. Dans le second, la déclaration négative, n'ayant pu créer aucun droit en faveur de l'accusé, puisqu'elle était subordonnée au sort de l'accusation entière, doit nécessairement tomber avec celle-ci (1).

Le contumax qui comparaît doit être jugé par la juridiction qui l'avait condamné. C'est d'ailleurs une règle du droit criminel comme du droit civil, que lorsqu'une condamnation a été prononcée en l'absence de la partie condamnée, les juges de qui elle émane soient les premiers appelés à la reviser, lorsque la partie condamnée en demande la réformation. Toutefois, par exception, la Cour de cassation, statuant en règlement de juges, peut le renvoyer devant une autre juridiction, lorsqu'il y a connexité entre le crime qui lui est imputé et un autre crime dont la connaissance est déférée à cette juridiction. Dans ce cas, la dignité de la justice exige qu'il n'y ait qu'une même décision, de peur de voir deux arrêts contradictoires rendus sur la même affaire.

Devons-nous admettre une seconde exception dans le cas où l'arrêt de contumace n'aura prononcé que des peines correctionnelles? On l'a prétendu, en se fondant sur ce que l'arrêt qui prononce des peines correctionnelles fixe irrévocablement la nature du fait.

1. Voir, pages 245 et suiv., la question de savoir si la représentation du contumax anéantit les condamnations pécuniaires prononcées au profit de la partie civile.

Dès lors, rien de plus juste, dit-on, que de considérer le contumax comme un prévenu qui fait défaut, et d'en tirer cette conclusion naturelle qu'il pourra former opposition, s'il se trouve dans les délais, non devant la cour d'assises qui l'aura condamné, mais devant la juridiction qui dans le département est chargée de prononcer en dernier ressort dans les matières correctionnelles. (Lettre consultative, adressée le 12 mars 1812, par le procureur général près la Cour de cassation au procureur général de la cour de Douai ; — Carnot, *C. Inst. crim.*, t. II, p. 518 et suiv.)

Nous ne pouvons admettre ce système, car il est absolument contraire à tous les principes qu'un juge puisse être saisi d'une opposition sur un jugement qu'il n'a pas rendu, à moins que ce ne soit par suite du renvoi d'un tribunal supérieur. De plus la loi, ayant établi divers degrés dans la hiérarchie judiciaire, ne permet pas que le juge inférieur réforme jamais les décisions des juridictions supérieures : il y a là un principe d'ordre public. Comment, dans ces conditions, l'arrêt de la cour d'assises serait-il soumis à la révision d'un simple tribunal correctionnel ? Au reste, la cour ne peut-elle pas avec pleine compétence statuer correctionnellement ? (Art. 365 C. I. C.)

En cas d'arrestation du contumax, la première chose à faire est de constater son identité. La jurisprudence applique généralement dans ce cas les art. 518 et 519 C. I. C. relatifs à la reconnaissance de l'identité des individus condamnés, évadés et repris, et d'après lesquels la reconnaissance doit être faite par la cour qui a prononcé la condamnation, seule, et sans assistance des jurés. Mais tous moyens de défense doivent être réservés à l'accusé, et notamment celui-ci a le droit de soutenir, lors

même que les faits seraient constants, qu'il n'en est pas l'auteur (Ch. réun. Cass. 5 août 1834; Cass. 1^{er} juin 1854 (1); 29 juin 1854 (2); 4 nov. 1865 (3); MM. Faustin-Hélie, t. VIII, n° 3878; Garraud, *Préc. de droit crim.*, n° 629, p. 706, note 4; Villey, p. 402). Nous dirons avec M. Garraud (*op. cit.*) que la cour suprême, en limitant d'une part, le droit de la cour d'assises à la vérification de l'identité de l'individu mis en jugement avec l'accusé condamné par contumace, et en réservant, d'un autre côté, le droit du jury de déclarer que l'accusé n'est pas l'auteur des faits incriminés, nous paraît avoir fait une exacte conciliation entre les art. 518 et 519 et l'art. 476.

Il doit être procédé contre le contumax jugé sur sa comparution en la forme ordinaire. Ainsi, comme tout accusé, il a le droit de prendre un conseil, de se pourvoir en cassation. Pour le jugement, la cour d'assises doit de même se conformer aux dispositions des art. 310 et suiv. C. I. C. Les dépositions écrites des témoins, qui, pour quelque cause que ce soit ne pourraient être produits aux débats, doivent être lues à l'audience, ainsi que toutes les autres pièces, qui sont jugées par le président être de nature à éclairer l'affaire (art. 477 C. I. C.).

Enfin le contumax qui, après avoir comparu, obtient son renvoi de l'accusation, est toujours condamné aux frais occasionnés par sa contumace (art. 478 C. I. C.). Il en est ainsi, alors même qu'il se serait représenté avant le jugement de contumace, mais après le délai de dix jours qui lui est accordé par l'ordonnance du président (Cass. 2 déc. 1830). Le but de la loi a été de punir la dé-

1. D. P. 54. 1. 257.

2. D. P. 54. 1. 259.

3. D. P. 66. 5. 103.

sobéissance de l'accusé. Or son état de rébellion existe à compter de l'expiration du délai qui lui était accordé pour comparaître. Toutefois l'omission de cette peine, bien que constituant une violation de l'art. 478 C. I. C., n'entraîne pas la nullité de l'ordonnance d'acquittement. Le bénéfice en est irrévocablement acquis à l'accusé (art. 360, 409 C. I. C.); mais la Cour suprême pourra renvoyer le contumax acquitté, devant une autre cour d'assises, pour le voir condamner aux frais.

§ 5. — Amnistie.

Le contumax peut bénéficier d'une loi d'amnistie. Dans ce cas, la proclamation d'amnistie empêche le fait punissable d'être poursuivi ou la condamnation de recevoir son exécution. Si elle a été prononcée, les effets sont absolus pour l'avenir : l'amnistié est relevé de toutes les déchéances qui avaient pu le frapper. Mais dans le passé, il faut distinguer suivant qu'il s'agit de l'action publique ou du droit des tiers.

L'action publique, sauf le cas de réserve dans la loi d'amnistie, est éteinte; on jette un voile sur le crime qui est censé n'avoir jamais existé. Que si une condamnation est intervenue, cette condamnation est effacée, de sorte que tous les effets qu'elle a produits sont *rétroactivement* anéantis. Quant aux tiers, dans le silence de l'acte d'amnistie, les droits acquis par eux doivent être scrupuleusement respectés : une loi d'oubli et de pardon pour les uns ne doit pas être pour les autres une cause de spoliation et de ruine. Les actes faits par le Domaine pendant la durée de la contumace seront donc maintenus. De même la partie civile ne perdra pas son droit aux séparations civiles, malgré l'amnistie.

C'est sur ce dernier point qu'interviennent presque toujours les décisions de la jurisprudence (Cass. 2 mai 1878).

SECTION DEUXIÈME

DE LA REDDITION DU COMPTE DU SÉQUESTRE

Lorsque l'un des événements qui font cesser la contumace se réalise, l'administration des Domaines doit rendre compte à qui de droit des fruits et revenus qu'elle a perçus. En cas de comparution du contumax suivie d'acquiescement ou d'une condamnation à une simple peine d'emprisonnement, le compte du séquestre est rendu à lui-même ; il en est encore ainsi dans le cas de prescription de la peine ou d'amnistie. Dans les autres hypothèses, le compte est rendu soit à son tuteur légal, s'il est condamné contradictoirement à une peine emportant l'interdiction légale, soit enfin à ses ayants cause en cas de décès. Par ayants cause, il ne faut pas seulement entendre les héritiers légitimes du contumax, mais aussi tous ceux à qui il a conféré des droits par acte à titre gratuit ou à titre onéreux. En effet, nous avons vu qu'en principe il reste capable, et que les seules limites apportées à cette capacité se trouvent dans les pouvoirs conférés à l'administration des Domaines. Celle-ci a sur son patrimoine un droit de jouissance auquel il ne peut porter atteinte. Cet obstacle disparu, tous les actes, tous les contrats passés par le contumax sont valables et doivent être exécutés.

Afin de préparer les éléments du compte que doit

rendre l'administration des Domaines, il est tenu, à la fois dans les bureaux et dans les directions, ce qu'on appelle le *sommier de compte ouvert*. Dans ce registre, un tableau en quatre colonnes pour chaque contumax, mentionne : 1^o la désignation des biens séquestrés et extrait des lieux ; 2^o la date et le montant des recouvrements ; 3^o la date et le montant des dépenses acquittées ; 4^o les observations particulières. Grâce à cette précaution, le compte est perpétuellement à jour, et lorsque l'état de contumace cesse, il n'y a guère qu'à vérifier sur le sommier, s'il y a des lacunes ou des omissions.

Le compte rendu par la régie doit porter à la fois et sur le capital, et sur le revenu des biens séquestrés. Pour ce qui est du capital, cela n'a jamais souffert de difficulté. Quant aux fruits, plusieurs jurisconsultes soutiennent que l'administration des Domaines doit s'en approprier la plus grande partie. Nous avons vu ce qu'il fallait penser de cette opinion. Toutefois si la régie est obligée de restituer les revenus des biens séquestrés, elle n'est pas tenue de rendre les intérêts produits par ces revenus. Pour justifier cette décision, on a donné deux raisons : d'abord le séquestre est une sorte de dépôt ; or, jamais le dépositaire ne doit d'intérêts qu'à partir du jour où il a été mis en demeure de restituer. En second lieu, la loi n'a imposé nulle part à l'administration des Domaines l'obligation de faire emploi des fruits et des revenus qu'elle a touchés pour le compte du contumax.

Bien que cette opinion soit universellement admise, elle ne nous paraît pas à l'abri de toute critique. Oui, sans doute, le dépositaire n'est pas tenu de rapporter les intérêts de la chose déposée ; mais c'est parce que cette chose ne saurait en produire entre ses mains. Il doit

restituer l'objet lui-même qui lui a été confié. Si l'on exécutait ici au pied de la lettre les textes du Code civil en matière de dépôt, la régie devrait rendre les écus qu'elle a reçus et non pas d'autres; elle devrait les mettre dans des sacs au fur et à mesure qu'elle les toucherait, pour les restituer lors du compte de séquestre. Puisqu'elle ne s'astreint pas à cet usage, elle ne devrait pas invoquer non plus les dispositions écrites au titre du dépôt.

En réalité que se passe-t-il? Les revenus des biens ne sont pas laissés improductifs; ils sont placés à intérêts par la régie. Ces intérêts, s'il n'y avait pas eu de séquestre, auraient appartenu au contumax; et cependant l'administration des Domaines se les attribue. N'y a-t-il pas là une confiscation véritable? l'attribution à l'État d'une partie de la fortune d'un particulier? Ce système se comprend d'autant moins, que le Domaine n'est pas un administrateur gratuit, puisqu'il prélève 5 0/0 des fruits, à titre de frais de régie.

La reddition du compte comprend quatre parties : 1° l'intitulé; 2° le chapitre des recettes; 3° le chapitre des dépenses; 4° la balance. On relève par article toutes les recettes et dépenses. Dans le chapitre des dépenses figurent notamment : le 5 0/0 des frais de régie; les frais de justice liquidés par l'arrêt de condamnation; les droits de timbre et d'enregistrement des procès-verbaux de prise de possession, d'opposition et de levée de scellés, de l'inventaire, les honoraires payés aux officiers ministériels pour les actes susvisés, les frais de signification aux fermiers et débiteurs du contumax, le timbre des bordereaux et les droits d'inscription hypothécaire, le visa pour timbre et l'enregistrement du compte, les frais de procédure de toute nature, les contributions, les

dettes payées pour le contumax, les secours attribués à sa famille. Ensuite balance est faite, et le compte est certifié sincère et véritable, daté et signé par le bureau qui l'a dressé.

Le solde créiteur est-il en faveur du Domaine, le Domaine a l'action *depositi contraria*, suivant la règle de l'art. 1947 du Code civil, contre le contumax ou ses représentants, et même *le droit de rétention* pour assurer le paiement de ce qui lui est dû, à raison du séquestre. Mais le droit de rétention ne pourrait s'étendre aux frais de justice criminelle, qui, en réalité, sont étrangers à l'administration du séquestre. La mainlevée du séquestre devrait donc être prononcée, sauf le droit du Domaine d'agir contre le contumax, pour se faire payer sa créance.

Le compte se solde-t-il, au contraire, en faveur du contumax, il y a lieu à l'action *depositi directa* contre le Domaine : il en résulte que les intérêts ne courront que du jour de la mise en demeure (art. 1736 C. C.). On ne devra donc pas appliquer ici la règle de l'art. 474 C. C., qui fait courir de plein droit les intérêts contre le tuteur du jour de la clôture du compte.

La demeure résultera de la demande en mainlevée du séquestre, soit quand elle est formée en justice, soit même quand elle est adressée par voie gracieuse devant l'administration. Si l'on n'admettait pas cette solution dans ce dernier cas, ce serait forcer le contumax à agir toujours devant les tribunaux.

En cas de difficultés sur la liquidation du compte, le receveur en donne avis au directeur. Si l'administration n'admet pas les prétentions des oyants, l'affaire est portée, comme cela arrivera aussi parfois pour la demande de mainlevée de séquestre, devant les tribunaux ordi-

naires; et la communication des pièces est faite aux parties intéressées.

Enfin, le compte liquidé est rédigé sur timbre et ordonnancé suivant les règles administratives, et un mandat est délivré pour le payement du reliquat par le directeur.

CONCLUSION

Nous avons exposé, aussi fidèlement que possible, les règles sur la contumace. Cette institution a été l'objet de critiques très vives de la part d'excellents esprits. M. Béranger, notamment, dans son ouvrage sur la justice criminelle en France, en conteste absolument l'efficacité et la justice : « L'expérience en est faite, dit-il ; les jugements par contumace ne procurent à la justice aucune satisfaction véritable. Jamais la saisie des biens, jamais la honte d'une condamnation provisoire n'ont rappelé l'homme qui a eu des raisons de fuir ; jamais les considérations, quelque impérieuses qu'elles soient, n'ont touché celui qui, par son retour, se serait cru exposé à des peines afflictives ou infamantes. Cette partie de notre législation est donc superflue, puisqu'elle est inutile et sans objet. Elle est injuste, puisqu'elle autorise la condamnation d'un homme qui n'est pas entendu. Elle est barbare, puisqu'elle punit une famille, non seulement d'un crime qui lui est étranger, mais souvent des frayeurs d'un innocent. » (*Just. crim. en France*, tome II, p. 220.)

Nous ne saurions partager les appréciations de l'éminent criminaliste. Nous estimons, en effet, que, s'il y a des lacunes et des rigueurs dans la loi, le législateur peut facilement les réparer, sans, pour cela, porter at-

teinte à la répression du contumax. S'il est inadmissible, par exemple, que le séquestre puisse s'emparer des biens dont le contumax avait la jouissance légale, il semble bien qu'on devrait, dans ce cas, accorder de plein droit la séparation de biens à la femme, sur le vu du jugement de condamnation. Nous avons vu, de même, que le père contumax n'est pas déchu de la puissance paternelle, ce qui lui donne droit à l'usufruit légal sur les biens de ses enfants. On pourrait encore décider, dans cette hypothèse, que la mère devrait être substituée au père, pour tout ce qui regarde les droits d'éducation, de garde, de correction et d'administration et lui accorder le droit de jouissance légale sur les biens de ses enfants mineurs. Si la mère était décédée, les enfants seraient confiés aux ascendants les plus proches ou, à leur défaut, à un tuteur provisoire. Enfin, en ce qui concerne les secours que la loi permet de donner aux parents du contumax : au lieu d'une *favor* laissée à l'appréciation de l'administration, il aurait mieux valu leur reconnaître *un droit*, fixer, par exemple, légalement, la part qui leur serait attribuée sur les revenus des biens séquestrés.

Mais de là à conclure à l'abrogation complète de la loi sur la contumace, et surtout à l'abolition du séquestre, il y a une distance énorme. « Les exemples d'accusés
« venant volontairement purger leur contumace, dit
« M. Pascaud (*op. cit.*), sont assez nombreux pour dé-
« montrer que le séquestre n'est pas inutile. Sans doute
« les intérêts de la famille peuvent souffrir par suite de
« l'application de cette mesure, mais n'en est-il pas de
« même toutes les fois que les intérêts privés se trouvent
« en conflit avec l'ordre public ? La société, nul ne sau-
« rait le contester, a des droits qu'elle ne peut abdiquer
« sans péril pour elle-même, quels que soient les dom-

« mages individuels qui résultent de leur exercice. A
« cette situation, nous ne voyons donc d'autre remède
« qu'une large allocation de secours, lorsque les de-
« mandes seront justifiées, et nous sommes convaincu
« que l'administration sait d'ordinaire s'inspirer d'idées
« libérales en pareille occurrence. »

Aujourd'hui cependant l'opinion de M. Béranger a prévalu dans certaines législations contemporaines : c'est ainsi qu'elle a été adoptée notamment par le législateur autrichien et le législateur allemand.

Partant de cette idée qu'un accusé ne doit pas être condamné sans être entendu, le *Code d'instruction criminelle d'Autriche-Hongrie* (1873) n'admet qu'exceptionnellement, et d'une manière très restreinte, le jugement par contumace. L'accusé doit être cité personnellement devant la cour; encore faut-il qu'il s'agisse d'une infraction punie d'une peine privative de la liberté de cinq ans au maximum, et que l'accusé ait déjà été entendu dans l'instruction. En outre, la cour peut toujours arrêter les débats commencés, quand elle estime que l'absence de l'accusé empêche que l'affaire soit complètement élucidée. Après publicité donnée à la sommation, la chambre du conseil déclare l'accusé privé de ses droits civils pendant son absence (art. 423-428). Le Code autrichien ne touche donc pas aux biens du contumax.

De même, le *Code de procédure pénale allemand* de 1877, interdit en principe aux tribunaux de juger un accusé contumax, sauf le cas exceptionnel où un accusé ayant déjà comparu et s'étant éloigné après avoir subi son interrogatoire, le tribunal estime que sa présence n'est pas indispensable (art. 230). De plus aucun jugement ne peut être rendu contre un absent que s'il s'agit

d'une infraction punie au maximum de la peine de l'amende, des arrêts ou de la confiscation (art. 229 et 231). Il suit de là que les poursuites contre l'absent demeurent suspendues dans les cas graves ; toutefois il est permis à l'autorité judiciaire de faire les recherches et constatations propres à conserver les preuves intactes, et celle-ci peut encore, comme mesure de précaution ou de contrainte, lorsque les circonstances susceptibles de justifier la délivrance d'un mandat d'arrêt se trouvent réunies, mettre en séquestre les biens que l'inculpé possède sur le territoire allemand. Au reste, quand il y a poursuite par contumace, l'accusé est toujours autorisé à se faire représenter par des parents ou par un défenseur (art. 322 et 328).

Par contre, notre système de législation sur la contumace a été consacré par la législation belge, lors de l'élaboration du nouveau Code pénal de 1867 et par la législation italienne, dans le Code de procédure pénale du 20 novembre 1859, étendu à tout le royaume d'Italie par le décret du 26 novembre 1865.

F. H.

Mai, 1893.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I

Le fils de famille, mineur de vingt-cinq ans, peut obtenir la *restitutio in integrum*, alors même qu'il a emprunté d'après l'ordre de son père.

II

Si, dans un contrat de société, la part de chaque associé dans les bénéfices et dans les pertes n'a pas été expressément fixée, le partage se fait par parts égales.

III

A l'époque de Justinien, les pactes et les stipulations n'étaient pas un mode de constitution de servitudes prédiales.

IV

En matière de vol, la complicité résulte aussi bien d'un concours moral (*consilium*) que d'un concours matériel (*ops*).

V

L'action noxale n'est pas arbitraire.

DROIT CIVIL

I

L'héritier légitime acceptant purement et simplement n'est pas tenu de payer les legs *ultra vires*.

II

Si, sous le régime de communauté, la femme a concouru avec le mari à la donation d'un immeuble commun, cette donation est parfaitement valable.

III

Les héritiers du donateur ne peuvent opposer le défaut de transcription.

IV

La séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable privilège.

V

Les lettres missives, quel que soit leur caractère, sont la propriété exclusive du destinataire.

DROIT CRIMINEL

I

En législation, l'aggravation de peine résultant d'une circonstance personnelle à l'auteur principal ne doit pas nuire à son complice.

II

Les juges d'instruction ont le droit de saisir dans les bureaux de poste toutes les lettres dont la connaissance leur paraît utile.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I

L'hypothèque légale de la femme mariée est une conséquence de son statut personnel. La femme étrangère, à qui sa loi nationale reconnaît ce droit, pourra l'invoquer sur les immeubles que son mari possède en France.

II

Les tribunaux français sont compétents pour juger les contestations entre étrangers.

Vu :

Le Professeur, Président de la thèse,

Georges LEBRET.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

Edmond VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Caen,

E. ZEVORT.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
BIBLIOGRAPHIE	7
DROIT ROMAIN	
DE L'INFAMIE	
NOTIONS PRÉLIMINAIRES : Origines de l'infamie, sa nature.	11
CHAPITRE I ^{er} . — Des cas dans lesquels l'infamie résulte d'une condamnation	31
SECTION I ^{re} . — Condamnation à la suite d'un <i>crimen publicum</i>	32
Dispositions spéciales à la <i>calumnia</i> et à la <i>prævaricatio</i>	46
SECTION II. — Condamnation à la suite d'un crime <i>extra ordinem</i>	56
§ 1 ^{er} . — Stellionat	56
§ 2. — Violation de sépulture.	60
§ 3. — Spoliation d'une hérédité.	61
SECTION III. — Condamnation à la suite de certains délits privés	63
SECTION IV. — Condamnation sanctionnant certaines obligations nées de contrats ou quasi-contrats	71
SECTION V. — Dispositions spéciales relatives à la tutelle	80
CHAPITRE II. — Des cas d'infamie résultant d'un simple fait ou d'une série de faits.	84
SECTION I ^{re} . — Actes mentionnés dans l'édit du préteur.	85
§ 1. — Renvoi d'un soldat de l'armée pour cause ignominieuse	85
§ 2. — Art théâtral	87
§ 3. — Proxénétisme.	88
§ 4. — Violation de l'année de deuil imposée à la veuve	89
§ 5. — Bigamie et doubles fiançailles	95

	Pages.
SECTION II. — Cas d'infamie créés par les constitutions impériales	96
CHAPITRE III. — Des effets de l'infamie	105
SECTION 1 ^{re} . — De l'influence de l'infamie sur la capacité politique.	106
SECTION II. — De l'influence de l'infamie sur la capacité judiciaire.	110
SECTION III. — De l'influence de l'infamie sur la capacité d'être témoin	117
SECTION IV. — De l'influence de l'infamie sur la capacité de recevoir par testament.	121
SECTION V. — De l'influence de l'infamie sur la capacité en droit pénal	122
SECTION VI. — Application de l'infamie aux femmes	123
CHAPITRE IV. — Des modes d'extinction de l'infamie. . . .	133
APPENDICE. — De l' <i>infamia facti</i>	138
SECTION 1 ^{re} . — De la <i>turpitudō</i>	140
SECTION II. — Des <i>leves notæ</i>	143

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONTUMACE

INTRODUCTION HISTORIQUE	147
CHAPITRE I ^{er} . — De la procédure en matière de contumace. .	161
SECTION 1 ^{re} . — Instruction de la contumace.	161
SECTION II. — Du jugement de la contumace.	164
CHAPITRE II. — Des effets du jugement de condamnation par contumace sur les droits du condamné.	182
SECTION 1 ^{re} . — Des incapacités antérieures à la condamnation et persistant après l'arrêt de contumace.	183
§ 1. — Suspension des droits de citoyen	183
§ 2. — Prohibition d'agir en justice.	184
SECTION II. — Des incapacités de droit commun résultant de toutes les condamnations par contumace à des peines criminelles	193
§ 1. — Dégradation civique	197
§ 2. — Interdiction légale	200
§ 3. — Incapacité d'autorisation maritale	208

	Pages.
SECTION III. — De l'incapacité spéciale à la condamnation à une peine perpétuelle ; incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit, si ce n'est pour cause d'affinements	209
SECTION IV. — De l'autorité de la chose jugée par contumace.	215
§ 1. — Quant au recouvrement des amendes prononcées par contumace et des dommages-intérêts accordés par l'arrêt à la partie civile	215
§ 2. — Quant à la rescision de la saisine pour cause d'indignité	219
§ 3. — Quant à la demande en séparation de corps ou divorce formée contre le contumax	221
CHAPITRE III. — Du séquestre résultant de l'état du contumax.	228
SECTION I ^{re} . — Séquestre d'instruction, séquestre de jugement.	229
§ 1. — Séquestre d'instruction	229
§ 2. — Séquestre de jugement	235
SECTION II. — Sur quels biens porte le séquestre	241
SECTION III. — Étendue des pouvoirs du séquestre	249
SECTION IV. — Rapports du domaine avec les tiers	258
§ 1. — Avec les débiteurs du contumax	259
§ 2. — Avec les tiers invoquant un droit de propriété ou un démembrement de la propriété	260
§ 3. — Avec les créanciers munis de droits réels	262
§ 4. — Avec les créanciers chirographaires	263
§ 5. — Avec les communistes ou coassociés	269
§ 6. — Avec les parents du contumax	274
CHAPITRE IV. — Cessation de l'état de contumace	278
SECTION I ^{re} . — Des causes qui mettent fin à la contumace	278
§ 1. — Revision de l'arrêt	278
§ 2. — Prescription de la peine	278
§ 3. — Décès du contumax	280
§ 4. — Comparution volontaire ou forcée du contumax	282
§ 5. — Amnistie	295
SECTION II. — Reddition du compte de séquestre	296
CONCLUSION	300
POSITIONS	304

ERRATA

- Page 46, ligne 1 : à la « calomnia » lisez à la « calumnia »
- 53, — 6 : question préjudiciable lisez question préjudicielle
- 59, — 11 : hhrase lisez phrase
- 61, — 14 : § 4 lisez § 3
- 62, — 2 : interrompu tan lisez interrompu tant
- 65, — 11 : *tignis juncti* lisez *tigni juncti*
- 123, — 19 : l'une et l'autre était lisez l'une et l'autre étaient
- 127, — 27 : *ex testamento* lisez *ex testamento*
- 133, — 7 : en termes généreux lisez en termes généraux
- 138, — 16 : auxquelles s'attachaient lisez auxquelles s'attachait
- 144, — 30 : dans certain cas lisez dans certains cas
- 152, — 2 : *nihilominus* lisez *nihilominus*
- 167, — 3 : nous le croyons pas lisez nous ne le croyons pas
- 167, — 28 : son inexécution lisez son exécution
- 174, — 27 : comme signature lisez comme signataire
- 192, — 2 : à sa justice lisez à la justice
- 194, — 27 : hérétiers lisez héritiers
- 195, — 22 : l'avaient suivj lisez l'avaient suivie
- 214, — 22 : puisque lisez puis que
- 220, — 25 : seraient parties civiles lisez seraient portées parties civiles
- 223, — 11 : on supprime lisez on supprima
- 223, — 11 : le tribunal lisez le tribunał
- 235, — 31 : ont procédé lisez ont précédé
- 272, — 22 : alléger lisez alléguer
- 274, — 18 : n'ait pas été tempérée lisez n'ait pas été tempéré
- 277, — 6 : fait au directeur li~~ez~~ fait envoi au directeur

